√ 404/510
T.1

2007081563

ТЕОРІЯ ПРАВА

(ЮРИДИЧЕСКАЯ ДОГМАТИКА).

In jure enim vivimus
et movemur et sumus.

МИХАИЛА КАПУСТИНА.

ТОМЪ ПЕРВЫЙ.

МОСКВА.

1868.

V 404
510

ТЕОРІЯ ПРАВА.

ОБЩАЯ

ДОГМАТИКА.

Михаила Капустина,

Профессора международнаго права въ Московскомъ Университетѣ.

МОСКВА.
Въ университетской типографіи (Катковъ и К°),
на Страстномъ бульварѣ.
1868.

Наша новая юстиція съ перваго раза заняла почетное мѣсто. Она внушила къ себѣ уваженіе не однимъ скорымъ и правымъ судомъ, но также обширностью и глубиною свѣдѣній. Рѣшенія кассаціонныхъ департаментовъ Сената, судебныхъ палатъ и окружныхъ судовъ, рѣчи прокуроровъ и большинства адвокатовъ представляютъ превосходные трактаты по различнымъ вопросамъ права и отличаются глубокимъ юридическомъ анализомъ. А между тѣмъ нашимъ юристамъ выпала на долю весьма трудная задача. Они встрѣчаются лицомъ къ лицу съ отношеніями, выработанными жизнью, но юридически неизвѣстными; необходимо дать этому богатому матеріалу опредѣленность, вывести юридическія понятія, установить догматическія основанія права.

Для приготовленія къ этому важному дѣлу руководствомъ для русскихъ юристовъ послужили и до сихъ поръ еще служатъ по большей части иностранныя сочиненія: наша юридическая литература только въ послѣднее время

обогатилась нѣсколькими замѣчательными изслѣдованіями, имѣющими предметомъ своимъ судопроизводство и разъясненіе дѣйствующихъ законовъ; до сихъ поръ она ограничивалась почти исключительно исторіею русскаго права, преимущественно древнѣйшаго.

Вызванная къ жизни практика новыхъ судовъ указала наглядно на потребность основательнаго догматическаго изученія права и опредѣлила характеръ нашихъ юридическихъ журналовъ: въ нихъ стало замѣтно также преобладаніе догмы, въ связи съ настоятельными требованіями времени.

Чтобъ облегчить по возможности трудъ систематическаго изученія права, я предпринялъ составленіе руководства, которое заключало бы въ себѣ разъясненіе основныхъ юридическихъ понятій и указаніе на тѣ формы, въ какихъ эти понятія выразились въ положительномъ правѣ разныхъ народовъ.

Думаю, что нѣтъ нужды доказывать своевременность подобнаго труда и его пригодность не только для приступающихъ къ изученію права, но и для практиковъ.

Названіе, которое я придалъ своему руководству — теоріи права или юридической догматики — не получило у насъ еще права гражданства; но по моему мнѣнію оно болѣе другихъ соотвѣтствуетъ содержанію книги, имѣющей предметомъ своимъ общее догматическое изложеніе права и его институтовъ.

Сочиненіе свое я предполагаю изложить въ двухъ частяхъ. Въ общую догматику входитъ опредѣленіе области права и условій его происхожденія и бытія; содержаніемъ ея служатъ тѣ общія положенія, которыя Пухта называетъ die geistige Atmosphere, worin die einzelne Rechte sich bewegen; сюда относятся: вопросъ о существѣ и формахъ права, а также общее ученіе о правахъ и обязанностяхъ и объ ихъ юридическомъ движеніи. Въ частной догматикѣ будутъ изложены отдѣльные юридическіе институты, ихъ сущность, проявленіе и взаимная связь; при этомъ я счелъ болѣе удобнымъ отступить отъ общепринятаго раздѣленія правъ, основаннаго на научной систематикѣ, т. е. на историческомъ образованіи юридическихъ и политическихъ наукъ.

Въ изложеніи своемъ я старался указывать по каждому вопросу на опредѣленія законодательствъ и науки, а потому я придаю особенное значеніе примѣчаніямъ, помѣщеннымъ въ моей книгѣ: они могутъ или замѣнить въ извѣстной степени изученіе обширной литературы, или же возбудить въ читателѣ желаніе ознакомиться ближе съ тѣмъ или другимъ изъ указанныхъ авторовъ. Сверхъ того, въ формѣ приложеній, я помѣстилъ тѣ свѣдѣнія, которыя дополняютъ и разъясняютъ догму права и по своему объему не могли войти въ примѣчанія; такъ напр. въ приложеніяхъ къ общей догматикѣ помѣщены: современныя воззрѣнія на

право, система и составленіе нашего свода, собраніе юридическихъ афоризмовъ, о теоріяхъ наказанія и пр.

Наконецъ въ началѣ каждой главы я привелъ тѣ сочиненія, которыя относятся къ извѣстному вопросу, чтобы такимъ образомъ читатель имѣлъ довольно полное указаніе на литературу предмета.

Я не имѣлъ въ виду создать новую теорію права, хотя, конечно, старался сохранить во всемъ изложеніи единство принциповъ. Заслуга моя, если дѣйствительно я съумѣлъ выполнить свою задачу, состоитъ лишь въ томъ, что я систематически изложилъ результаты современной науки и собралъ указанія и общія свѣдѣнія, которыя необходимы каждому образованному юристу. Трудъ мой не останется безплоднымъ, если онъ возбудитъ любовь къ наукѣ и облегчитъ изученіе одной изъ самыхъ трудныхъ, многообъемлющихъ и высокихъ областей человѣческаго вѣдѣнія.

М. Капустинъ.

Москва,
апрѣль 1868 г.

ВВЕДЕНІЕ.

Представленія о правѣ, о человѣкѣ и объ обществѣ нераздѣльно связаны между собою.

Общество составляетъ естественную и постоянную потребность для человѣка; оно служитъ выраженіемъ присущей ему и вѣчнодѣйствующей въ немъ силы. Наблюденіе показываетъ, что отдѣльныя лица испытываютъ на себѣ вліяніе, становятся болѣе или менѣе въ уровень съ общественною средою, ихъ окружающею, и, лишенныя поддержки общества, теряютъ способность къ совершенствованію себя. Съ другой стороны, по мѣрѣ своего развитія, человѣкъ сознаетъ все болѣе и болѣе потребность общественной дѣятельности; онъ считаетъ обязанностью внушить другимъ свои убѣжденія и вѣрованія, сдѣлать общественныя интересы своими собственными, дать имъ извѣстное направленіе, воспроизвести себя въ другихъ и тѣмъ сохранить себя отъ полнаго исчезновенія; самый аскетизмъ есть только протестъ противъ извѣстныхъ условій и формъ даннаго общества и желаніе найдти иное болѣе идеальное общеніе. На этой двоякой потребности человѣка — восполнить обществомъ свою безпомощность и ограниченность и выразить въ немъ свои силы — основывается та органическая, живая связь, которая необходимо утверждается между обществомъ и отдѣльными лицами, и въ силу которой общество получаетъ всѣ свойства

живаго лица: оно развивается и падаетъ, его духовныя силы крѣпнутъ или слабѣютъ, возбуждаются и замираютъ, смотря по степени сознанія взаимной связи между индивидуальнымъ и общественнымъ выраженіемъ лица. Это сознаніе современно человѣку, и чѣмъ болѣе прилагалось оно въ жизни, тѣмъ вѣрнѣе и правильнѣе шло движеніе этой жизни. Напротивъ, какъ скоро общество превращалось въ отвлеченное понятіе или же отдѣльныя лица пытались стать независимо отъ общества, — такое ненормальное отношеніе имѣло слѣдствіемъ взаимную потерю силъ, равновѣсіе между которыми возстановлялось весьма трудно и медленно. Первый божественный приговоръ о человѣкѣ относился къ неполнотѣ отдѣльнаго лица; великіе мыслители всѣхъ вѣковъ искали въ обществѣ раскрытія природы человѣка. Аристотель называетъ человѣка соціяльнымъ существомъ (zoon politikon); Гроцій основываетъ свое ученіе на appetitus societatis; современная наука придаетъ обществу значеніе необходимаго организма, независящаго отъ случая и личнаго произвола. Общество не стоитъ внѣ отдѣльныхъ лицъ, и какъ бы въ противуположность съ ними, оно есть лицо, нравственное, идеальное, юридическое, въ сохраненіи и развитіи котораго участвуютъ всѣ его представители; поэтому не можетъ быть рѣчи о договорѣ, о взаимныхъ уступкахъ и пожертвованіяхъ между органами одного цѣлаго.

Нераздѣльная жизнь человѣка и общества опредѣляется дѣйствіемъ многообразныхъ силъ, направленныхъ также къ многообразнымъ цѣлямъ. Происходитъ постоянная борьба этихъ силъ, стремленій, убѣжденій, желаній, вѣрованій, постоянное преодолѣніе препятствій, пользованіе внѣшнею природою и приложеніе духовныхъ способностей человѣка, никогда недостигаемое усовер-

шенствованіе и воспитаніе, раскрытіе человѣческой природы и соединенное съ этимъ исполненіе долга и самосознаніе.

Проявленіе силъ, присущихъ человѣку, называется вообще фактомъ. Жизнь человѣка и общества слагается изъ множества фактовъ, которые имѣютъ различное значеніе по своимъ мотивамъ, послѣдствіямъ, по свойству той силы, которая въ нихъ выражается. Такъ, можно говорить объ историческихъ фактахъ, то есть о выраженіяхъ общественной силы; существуютъ факты юридическіе (facta juridica), нравственные, физіологическіе и тому под.

Факты слѣдуютъ другъ за другомъ, сталкиваются, повторяются, видоизмѣняются, въ нихъ постоянно, хотя и не въ тождественной формѣ, выражается вѣчно-присущая человѣку потребность расширить область проявленія своихъ силъ, укрѣпить и усовершенствовать эти силы. Застой и неподвижность противорѣчатъ природѣ человѣка: въ немъ постоянно сказывается стремленіе къ новому, неизвѣданному; онъ ищетъ матеріяльныхъ и нравственныхъ пріобрѣтеній, чувствуетъ потребность самосознанія и проявленія себя во внѣ. Какъ скоро въ человѣкѣ перестаетъ дѣйствовать эта сила движенія, жизнь теряетъ для него всякую цѣну; безъ постояннаго упорнаго труда онъ переходитъ въ состояніе отупѣнія, его способности глохнутъ и замираютъ. Въ обществѣ и въ отдѣльномъ человѣкѣ замѣчается иногда упадокъ силъ, но совершенное отсутствіе ихъ немыслимо.

При различномъ характерѣ силъ, необходимо столкновеніе между ними или борьба, въ которой силы очищаются и приводятся къ сознанію; каждая сила опредѣляется по отношенію къ другимъ, получаетъ свое мѣ-

сто и значеніе. Такъ, силы и потребности физіологическія (голодъ, жажда) приходятъ въ столкновеніе съ нравственными силами (любви, уваженія), и каждая изъ нихъ получаетъ признаніе; сила свободы примиряется съ силою порядка и т. д.

Такое примиреніе и признаніе силъ, ихъ взаимная гармонія есть идеалъ, къ которому жизнь приближается болѣе или менѣе, но который далекъ еще отъ своего осуществленія. Наблюденіе показываетъ, что многіе факты имѣютъ характеръ случайный, то-есть въ нихъ выражается отдѣльная сила или потребность безъ всякаго отношенія къ другимъ и даже вопреки общей гармоніи, съ ущербомъ для развитія жизни.

Чтобы оградить жизнь отъ такихъ случайностей, необходима сила, которая направляла бы всѣ прочія въ ихъ взаимной борьбѣ, господствовала бы надъ разнородными и противуположными фактами и установляла бы порядокъ въ проявленіи всѣхъ силъ и потребностей.

Такой порядокъ и направленіе не составляютъ чего-либо механическаго, временнаго и случайнаго. Направленіе основывается на существѣ, природѣ, правдѣ каждой силы; въ немъ выражается принципъ, лежащій въ общественныхъ и личныхъ силахъ; порядокъ указываетъ область каждой силы и потребности, охраняетъ ихъ отъ уничтоженія, даетъ имъ возможность выразить себя. Въ этомъ порядкѣ всѣ факты получаютъ свое истинное значеніе и устраняется ихъ случайный характеръ.

Направленіе и порядокъ касается двухъ сторонъ каждой силы или потребности: ихъ сущности и фактическаго проявленія.

Опредѣленіе силы самой въ себѣ, ея характера и энергіи дается воспитаніемъ, нравственностью и рели-

гіею. Эти три направляющія силы приводятъ въ гармонію всѣ человѣческія способности, установляютъ внутренній или нравственный порядокъ, примиряютъ противурѣчія, возникающія въ умѣ и сердцѣ человѣка, заставляютъ его желать и дѣлать только то, что́ согласно съ его высокою природою, очищаютъ и возвышаютъ человѣка, доставляютъ ему душевный миръ.

Съ другой стороны возможно примиреніе и установленіе порядка для человѣческихъ силъ, уже проявившихся во-внѣ, въ какомъ-либо фактѣ: въ дѣйствіи, въ словѣ, въ изображеніи и проч. Сила, дающая направленіе фактамъ, есть право. Хотя она касается внѣшняго проявленія силъ, однако основывается на ихъ правдѣ или природѣ, служитъ выраженіемъ ихъ сущности; направляя всѣ силы человѣческія и давая имъ единство, право становится необходимою основою и существеннымъ элементомъ жизни: justitia est fundamentum regnorum. Безъ права не мыслимо никакое общежитіе, никакое совмѣстное проявленіе жизни; факты, не осмысленные и не подчиненные общимъ началомъ, лишенные принципа, ставили бы все человѣческое развитіе въ зависимость отъ случая; борьба силъ и потребностей могла бы превратиться въ хаосъ, bellum omnium contra omnes; необезпеченныя силы потеряли бы свою энергію и были бы подавлены. Поэтому понятіе о правѣ возникаетъ тотчасъ, какъ скоро силы и потребности становятся во взаимное отношеніе: ubi societas, ibi jus est. Право современно обществу и человѣку и сознаніе о немъ развивается и крѣпнетъ по мѣрѣ развитія личнаго и общественнаго самосознанія.

Такимъ жизненнымъ значеніемъ права съ перваго раза опредѣляются тѣ стороны, которыя необходимо имѣть въ виду при его изученіи, и которыя составляютъ общее содержаніе науки о правѣ.

Такъ, прежде всего право, будучи направляющею общественною силой, должно быть возведено къ своему принципу на основаніи существа и значенія тѣхъ силъ, которыя требуютъ взаимнаго примиренія. Изслѣдуя уже формулированное право въ различныхъ обществахъ и возводя къ высшему выраженію всѣ факты общественной и индивидуальной жизни, наука установляетъ догму права и общества.

По существу предмета изслѣдованія, догматика получаетъ двоякое значеніе: она или приводитъ въ систему существующее право, или же, не ограничиваясь правомъ уже формулированнымъ въ жизни, выводитъ общія начала для направленія всѣхъ фактовъ, установляетъ систему всеобщаго права, всеобщаго порядка, прилагаемую къ каждому обществу, основанную на существѣ человѣческихъ силъ. Въ первомъ значеніи догма касается только дѣйствующаго права у извѣстнаго народа или у нѣсколькихъ народовъ, и задача науки состоитъ только въ приведеніи отдѣльныхъ юридическихъ положеній къ общимъ началамъ. Въ болѣе обширномъ смыслѣ догма есть ученіе о правѣ вообще, основанное какъ на формулированномъ его выраженіи, такъ и на умозрительныхъ выводахъ о природѣ личныхъ и общественныхъ силъ, отношеніе между которыми опредѣляется правомъ; наука должна обнять всю область приложенія права, отыскать его руководящее начало и формы и опредѣлить тѣ различныя сочетанія, которыя возможны въ отношеніяхъ отдѣльныхъ силъ. Въ своей первоначальной формѣ всякое право есть фактъ. Но по мѣрѣ того какъ укрѣпляется сознаніе о немъ чрезъ посредство мышленія и наблюденія, возникаетъ потребность установить догматическое ученіе о правѣ и обществѣ въ связи со всѣми явленіями человѣческаго ду-

ха, привести въ систему всѣ юридическія отношенія и подчинить ихъ общему началу.

Развѣтвляясь въ этихъ особыхъ юридическихъ отношеніяхъ, догма права выражается въ отдѣльныхъ *юридическихъ и политическихъ наукахъ*, изъ которыхъ каждая обнимаетъ собою извѣстный отдѣлъ отношеній или извѣстную сторону права. Образуя одну общую систему, эти науки имѣютъ свое особое содержаніе, въ которомъ высказывается все разнообразіе жизни и отношеній, возникающихъ въ ней и опредѣляемыхъ правомъ. Въ отличіе отъ общей догматики права, совокупность наукъ, излагающихъ догму отдѣльныхъ юридическихъ отношеній, можно назвать *системати-кою* права, такъ какъ въ нихъ многообразныя развѣтвленія догмы представляются въ общей связи или системѣ: каждая наука, разсматривая формулированное право и дѣлая выводы изъ существа отдѣльныхъ силъ, примыкаетъ къ цѣлой системѣ и служитъ выраженіемъ общей догмы права.

Хотя матеріялъ для всѣхъ юридическихъ и политическихъ наукъ одинъ и тотъ же, однако во взглядѣ на него и въ способѣ изслѣдованія замѣчается преобладаніе извѣстнаго направленія, перевѣсъ одной какой-либо силы. Поэтому догма права имѣетъ свою исторію: различныя ученія смѣняли другъ друга, образовалось нѣсколько школъ, возможно появленіе новыхъ взглядовъ на отдѣльные вопросы и на цѣлую систему права, такъ что процессъ установленія догмы нельзя считать уже законченнымъ. Изученіе *исторіи догмъ* необходимо для того, чтобы повѣрить сдѣланные современною наукою выводы; исторія указываетъ на постоянную работу человѣческаго ума въ постиженіи законовъ общественной жизни; критика и сопоставленіе различныхъ взглядовъ

даетъ возможность сдѣлать болѣе вѣрныя заключенія и достигнуть истиннаго пониманія права. Даже самыя односторонніе воззрѣнія не остаются безплодными; они научаютъ осторожности въ выводахъ и обращаютъ вниманіе на извѣстную силу или потребность, которая безъ нихъ осталась бы непризнанною. Увлеченія и преувеличенія, столь естественныя при страстномъ изложеніи предмета, могутъ оказать услугу для всесторонняго пониманія права и содѣйствуютъ цѣльному органическому взгляду на него.

Общая догма, система и исторія догмъ имѣютъ предметомъ одну и ту же сторону права. По различнымъ методамъ, которые употребляются при изслѣдованіи этой стороны, догматика получаетъ различныя названія: философіи права, физіологіи, эмбріологіи, морфологіи общества, соціяльной антропологіи и тому подобныя; всѣ эти названія не обозначаютъ однако догматики во всемъ ея объемѣ; они исключаютъ или формулированное, существующее право, или же тѣ общія начала, которыя не выводятся непосредственно изъ наблюденія. Приложеніе къ праву и обществу метода естественныхъ наукъ безспорно оказываетъ весьма плодотворные результаты; но существуютъ такія стороны права, которыя недоступны наблюденію и должны быть выводимы a priori.

Другую сторону, съ которой должно быть разсматриваемо право, составляетъ его историческое движеніе. Исторія права показываетъ, какъ извѣстныя силы и потребности приходили между собою въ борьбу и взаимно опредѣляли себя; при этомъ обрисовываются ясно свойства каждой силы и лучшій способъ ихъ разумнаго примиренія. Конечно, не всѣ историческіе факты можно считать нормальнымъ выраженіемъ силъ; но всѣ «совершившіеся факты» получаютъ свое значеніе въ жиз-

ии, требуютъ признанія и съ тѣмъ вмѣстѣ опредѣляютъ на болѣе или менѣе долгій срокъ направленіе другихъ силъ; подобные факты, независимо отъ своего юридическаго значенія, становятся наравнѣ съ правомъ. Кромѣ того, исторія указываетъ также, что общественный и юридическій порядокъ, слагаясь подъ вліяніемъ разнообразныхъ силъ, измѣняется въ строгой послѣдовательности, постоянно приближаясь къ выраженію своей сущности; чѣмъ болѣе выясняется значеніе силъ, тѣмъ возможнѣе полное выраженіе идеи права, такъ что исторія права находится въ тѣсной связи съ догмою, дополняетъ ее, а нерѣдко даетъ ей единственно-вѣрную основу для выводовъ.

Наконецъ ученіе о правѣ и обществѣ имѣетъ еще одну сторону, которою она тѣсно соприкасается съ жизнію. Право не есть только отвлеченная идея; его цѣль—постоянное приложеніе. Идеальное построеніе имѣетъ мало цѣны, если не удовлетворяетъ существующей потребности общества. Но такъ какъ всякое право основано на разнообразныхъ силахъ и потребностяхъ, то общая догма его не можетъ быть приложена безусловно и безразлично повсюду. Наблюденіе надъ настоящимъ, знакомство съ прошедшимъ, особыя условія общественнаго быта указываютъ, въ какой мѣрѣ и какими средствами могутъ быть приложены къ данному обществу требованія и выводы догмы права. Ученіе о такомъ приложеніи составляетъ содержаніе политики. Въ ней наука о правѣ достигаетъ своего высшаго жизненнаго выраженія. Опираясь на догму и исторію, политика предлагаетъ наилучшее направленіе тѣмъ потребностямъ и силамъ, которыя возникаютъ въ данное время; чтобъ оградить общество отъ случайности фактическаго проявленія силъ, политика указываетъ на своевременныя

мѣры противъ ихъ разрушительнаго дѣйствія и въ виду обезпеченія имъ правильнаго развитія. Для достиженія такой цѣли необходимо считаться съ каждою новою силою, изучить ея природу и дать ей надлежащее мѣсто въ общественномъ порядкѣ, предотвращая насильственный переворотъ. Политика дѣйствуетъ во имя постепеннаго развитія, охраняя существующія и заявившія себя силы (консерватизмъ) и давая мѣсто новымъ (либерализмъ); своевременными реформами она предупреждаетъ потрясеніе общественнаго порядка, а противодѣйствуя слишкомъ частымъ перемѣнамъ, придаетъ этому порядку прочность. Конечно, въ политической дѣятельности многое зависитъ отъ степени наблюдательности и практической способности. Весьма важно угадать дѣйствительную живую силу, найдти ей правильный исходъ, не задержать ея и тѣмъ не вызвать въ ней искусственно антагонизмъ; точно также не слѣдуетъ возбуждать искусственно то что̀ неспособно къ развитію, поддерживать лишенное жизни, принимать воображаемую силу за дѣйствительную; однимъ словомъ, для политической дѣятельности необходима способность постигать мѣру и смыслъ общественныхъ и личныхъ силъ.

Будучи одною изъ сторонъ права, политика должна находиться въ полномъ согласіи съ нимъ. Достиженіе какихъ бы то ни было общественныхъ цѣлей не должно противурѣчить юридическому порядку, — иначе въ послѣднемъ результатѣ рано или поздно окажется не польза, а вредъ; нарушенное равновѣсіе силъ произведетъ замѣшательство въ общемъ развитіи; политическія мѣры, колеблющія право, ослабляютъ существенную силу и основу общества. «Справедливость, по выраженію Борка, есть лучшая политика человѣческихъ обществъ, и всякое нарушеніе права, въ какихъ бы то ни было

обстоятельствахъ, основывается на ложномъ мнѣніи, будто на свѣтѣ нѣтъ вовсе политики.» Это юридическое значеніе политики высказывается и внутри общества, и въ отношеніяхъ его къ другимъ обществамъ. Неправое дѣло можетъ имѣть только временный успѣхъ, но неизбѣжно вызываетъ возмездіе, и произвольно задавленная сила всегда заявляетъ себя разрушительнымъ протестомъ. Такимъ образомъ, въ политикѣ сосредоточивается знаніе догмы права, его исторіи и всѣхъ бытовыхъ условій; въ неіі право, выведенное изъ жизни, прилагается къ ея явленіямъ и происходитъ примиреніе теоріи съ практикою.

Каждая изъ этихъ трехъ сторонъ права служитъ предметомъ или содержаніемъ многихъ отдѣльныхъ юридическихъ и политическихъ наукъ, получившихъ бо́льшую или меньшую опредѣленность, но не достигшихъ еще своего полнаго развитія: появленіе новой потребности и силы, открытіе прежде незамѣченной стороны потребностей уже существующихъ вызываютъ нерѣдко особую науку.

При такоіі спеціализаціи, при раздробленности обширнаго, почти безграничнаго матеріала, возникла естественно потребность въ такоіі наукѣ, которая привела бы къ единству выводы отдѣльныхъ наукъ, указала бы на ихъ связь и общее начало. Въ Германіи эту науку стали называть *Юридическою Энциклопедіею* (Аренсъ, Варнкёнигъ, Вальтеръ, Фалькъ и др.), или *Энциклопедіею Юриспруденціи* (Ортлофъ, Гольдшмидтъ), или наконецъ *Юридическою Пропедевтикою* (Штёкгардтъ); во Франціи и въ Англіи излагаются общія свѣдѣнія о правѣ подъ названіемъ *Введенія въ науку о правѣ* (Эшбахъ, Лоранъ, Уарренъ); у насъ принято названіе *Энциклопедіи Законовѣдѣнія* (Неволинъ, Рождественскіі), или

Энциклопедіи юридическихъ и политическихъ наукъ (университетскій уставъ).

Такая неопредѣленность названій объясняется тѣмъ, что содержаніе юридической энциклопедіи не опредѣлено съ точностью: въ большей части сочиненій по этому предмету излагается, кромѣ общихъ началъ права, исторія національнаго права; въ другихъ къ этому присоединяется исторія догмъ; наконецъ въ нѣкоторыхъ сопоставляются положенія отдѣльныхъ юридическихъ и политическихъ наукъ, приведенныя въ систему.

Это разнообразіе зависитъ отъ практическихъ цѣлей преподаванія и подало поводъ къ сомнѣніямъ относительно самостоятельности Юридической Энциклопедіи. Такъ, нѣкоторые ученые отвергали возможность подобной науки. Конопакъ, въ своемъ сочиненіи *Ueber Begriff und Zweck einer Encyclopädie* (Halle, 1800), математически выводитъ, что Юридическая Энциклопедія или не есть отдѣльная наука, или же она не обнимаетъ собою всей области права. «Если бы, говоритъ онъ, общая энциклопедія была самостоятельною наукою, то она, распространяясь на всѣ науки, необходимо имѣла бы предметомъ и самое себя. Но къ какому выводу прійдемъ мы? Обозначимъ всѣ науки буквами: *a, b, c, d, e* и т. д.; положимъ, что энциклопедія названа буквою *e;* значитъ $e = a + b + c + d + e$, что невозможно.» Напротивъ Аренсъ придаетъ чрезвычайно важное значеніе Юридической Энциклопедіи и считаетъ ее необходимою и въ теоретическомъ, и въ практическомъ отношеніи: она даетъ понятіе о всей жизни, какъ объ органическомъ цѣломъ и дѣлаетъ возможнымъ свободный выборъ въ изученіи обширной области права.

Хотя подобный вопросъ не имѣетъ существенной важности, однако нельзя не согласиться, что возраженія

противъ юридической энциклопедіи, при ея случайномъ и произвольномъ содержаніи, не лишены основательности. Каждая юридическая наука разсматриваетъ право въ приложеніи къ извѣстной системѣ отношеній со всѣхъ сторонъ — догматической, исторической и политической. Но необходима также такая наука, которая установила бы общую догму права и общества, указала бы на юридическую область въ цѣломъ ея объемѣ и на связь отдѣльныхъ юридическихъ отношеній, наконецъ опредѣлила бы общую систему юридическихъ наукъ. Безъ предварительнаго знакомства съ этими вопросами, отдѣльныя положенія права могутъ показаться неясными, безсвязными; не имѣя представленія объ общей догмѣ, изучающій право не въ состояніи указать то мѣсто, которое занимаетъ та или другая наука въ общей системѣ. Къ этому присоединяются еще практическія соображенія научной экономіи: каждая отдѣльная наука предполагаетъ извѣстными общія положенія догмы и можетъ непосредственно обращаться къ изложенію своей спеціальной системы. Наконецъ, въ виду разнообразія юридическихъ и политическихъ наукъ, необходимо поставить въ основу ихъ изученія знаніе общей догмы, которая давала бы возможность ориентироваться въ разнообразіи частныхъ положеній исторіи и политики.

Наука, которая излагаетъ догму права въ ея общемъ объемѣ, есть *Теорія права и общества*, которая, по указаннымъ выше основаніямъ, обнимаетъ собою общую догматику или теорію, систематику и исторію догмъ. Она должна объяснить основную идею права и общества и выраженіе въ отдѣльныхъ наукахъ общаго начала права.

Слово *Энциклопедія*, обозначающее понятіе противоположное спеціальности, едва ли можетъ быть прило-

жено къ названію науки, имѣющей предметомъ своимъ особый кругъ свѣдѣній и свою особую систему. Это слово вообще стало входить въ употребленіе для названія науки въ концѣ 16-го вѣка: ни Греки, ни Римляне не употребляли его въ этомъ смыслѣ, хотя Плиній и Квинтиліанъ разумѣли подъ энциклопедіею совокупность предметовъ общаго образованія. Догма права въ средніе вѣка обозначалась словами: speculum, apparatus, summa и т. п.

Первая энциклопедія издана была въ 1541 году въ Базелѣ Рингельбергомъ (Ringelbergius), подъ заглавіемъ *Lucubrationes vel potius absolutissima kyklopaideia*, въ которой собраны статьи по грамматикѣ, діалектикѣ и реторикѣ, и въ особомъ отдѣлѣ *Chaos* помѣщено все что̀ не подходило подъ рубрики названныхъ наукъ. Затѣмъ, въ 1606 году Мартиніусъ издалъ въ Герборнѣ (Нассау)— *Idea brevis et metodicae Encyclopadie*, а въ 1620 году явилась въ двухъ томахъ *Encyclopaedie philosophica* Альстеда (Iohan Heinrich Alsted, 1588 — 1638), протестантскаго пастора. Альстедъ опредѣлялъ энциклопедію такъ: encyclopaedia est methodica comprehensio rerum omnium in hac vita discendarum. При большемъ развитіи наукъ, общія энциклопедіи получили форму лексиконовъ, въ которыхъ, въ алфавитномъ порядкѣ, помѣщались статьи или по всѣмъ отраслямъ знанія, или же только по извѣстнымъ отдѣламъ.

Замѣчательнѣйшіе сборники въ этомъ родѣ суть: *Lexicon Universale* historico-geografico-chronologico-poëtico-philologicum, изданный базельскимъ профессоромъ Гофманомъ въ 1677 г.; *Dictionnaire de Trevoux*, названный такъ по имени голландскаго города, гдѣ онъ былъ изданъ въ 1690 году; составитель его, аббатъ Фюретьеръ, членъ французской академіи, помѣстилъ въ своемъ лекси-

конѣ объясненіе научныхъ техническихъ терминовъ; академія, исключивъ Фюретіера изъ своей среды, поручила Корнелю (брату трагика) составить такой же лексиконъ, но несмотря на то изданіе Фюретьера пользовалось авторитетомъ во Франціи; его лексиконъ переработывался не разъ іезуитами, сдѣлался ихъ органомъ и былъ вытѣсненъ только энциклопедіею Дидро. Еще раньше этихъ двухъ лексиконовъ, именно въ 1673 году, въ Ліонѣ изданъ былъ *Историческій Лексиконъ* Луи Морери, который имѣлъ 22 изданія и былъ переведенъ на англійскій, голландскій, нѣмецкій и испанскій языки (Петръ Великій имѣлъ въ виду переводъ его на русскій языкъ). Морери въ своемъ лексиконѣ помѣстилъ статьи не только по поводу историческихъ и географическихъ именъ, но также по поводу титуловъ, замѣчательныхъ зданій, книгъ, и тому под. Въ началѣ 18-го вѣка явилось два замѣчательныхъ лексикона: въ 1701 году Fra Vincenzo Coronelli въ Венеціи предпринялъ изданіе *Bibliotheca Universale*, и до 1718 года напечаталъ семь томовъ (предполагалось 45); въ 1704 г. въ Англіи Гаррисъ напечаталъ *Lexicon Technicum* or an Universal English Dictionary of arts and sciences, въ числѣ сотрудниковъ котораго былъ Ньютонъ. По образцу этого лексикона, въ 1728 году издана Чемберсомъ *Cyclopedia*, получившая всеобщую извѣстность, а въ 1771 г. въ Эдинбургѣ началось изданіе *Encyclopaedia Britannica*, подъ редакціею Smellie. Около того же времени оканчивалось первое изданіе большой французской энциклопедіи Дидро, Даламбера и др., подъ заглавіемъ *Encyclopédie* ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers, par une société des gens des lettres, 1751 — 1780, въ 35 томахъ. При второмъ изданіи, 1782 года, въ эту энциклопедію включены статьи по исторіи и географіи, такъ что энциклопедія полу-

чила всеобщій характеръ. Такимъ же характеромъ отличаются и большія энциклопедіи, издававшіяся въ Германіи: въ половинѣ 18-го вѣка *Zedler's Lexicon*, котораго издано 68 томовъ; въ нынѣшнемъ столѣтіи Эрша и Грубера *Encyclopädie aller Künste und Wissenschaften* (около 140 томовъ), Крюница *Oekonomisch-technologische Encyclopädie*, начатая въ 1773 и конченная въ 1858 г. въ 242 томахъ. Ср. History of Cyclopedias, *Quart. Rev.* 1863, № 226.

Такимъ образомъ понятіе объ энциклопедіи обобщалось все болѣе и болѣе, и названіе ея прилагалось къ такимъ изданіямъ, которыя не имѣли притязанія на систематическое ученіе, а заключали въ себѣ въ алфавитномъ или иномъ порядкѣ собраніе статей, болѣе или менѣе одинаковыхъ по своему направленію. Такой характеръ имѣютъ и новѣйшіе лексиконы, относящіеся къ праву и обществу. Сюда относятся: Rechtslexicon für Juristen aller teutscher Staaten, redig. von *Julius Weiske*, оконченный въ 1862 году въ Лейпцигѣ, въ 16-ти томахъ, и состоящій изъ ряда спеціальныхъ юридическихъ статей; Staatslexicon, herausg. von *Rottek* und *Welker*, въ 12-ти томахъ (Altona, 1848), выходящій теперь вторымъ изданіемъ; Deutsches Staatswörterbuch, herausg. von *Bluntschli* und *Brater*, издающійся въ Штуттгартѣ съ 1857 г. (въ 1866 году изданъ 10-й томъ, на букву T); Staats- und Gesellschafts-Lexikon von *Wagener*, начатый въ Берлинѣ въ 1859 году (въ вышедшемъ 21-омъ томѣ оканчиваются статьи на букву W); Dictionnaire général de la politique, par *M. Block*, Paris, 1864, 2 тома; Jurisprudence générale, par *Dalloz*, Paris, 1863, 44 тома; Cyclopaedia of political knowledge, Lond., 1853, 4 тома; Cabinet lawyer, 20-th edition, Lond., 1865 и мн. др.

Во всѣхъ указанныхъ сочиненіяхъ энциклопедія при-

нимается за синонимъ *сборника* отдѣльныхъ статей или отдѣльныхъ наукъ, весьма полезнаго, но не имѣющаго значенія самостоятельнаго.

Для обозначенія особой науки, слово «энциклопедія» употребилъ впервые Гунніусъ въ своемъ сочиненіи Encyclopädia juris universi, вышедшемъ въ 1683 году въ Кёльнѣ. Но это названіе пріобрѣло право гражданства только въ Германіи и отчасти у насъ, при томъ съ неустановившимся содержаніемъ науки. Такъ напримѣръ, Аренсъ въ двухъ сочиненіяхъ, *Философіи права и Юридической Энциклопедіи* — говоритъ объ одномъ и томъ же, прибавивъ только въ послѣднемъ очеркъ исторіи права. Онъ опредѣляетъ Юридическую Энциклопедію слѣдующимъ образомъ: «*въ современномъ* своемъ значеніи, какъ вступительная наука, она должна представить систематическое обозрѣніе общаго содержанія юридическихъ и политическихъ наукъ и посредствомъ высшихъ началъ права указать на связь между различными отраслями его и на существенныя основанія всѣхъ главныхъ вопросовъ». Почти такое же опредѣленіе Юридической Энциклопедіи находимъ и у другихъ писателей; но ни одинъ изъ нихъ не оправдалъ такого понятія въ своемъ изложеніи науки: почти у всѣхъ исторія всемірнаго и національнаго права по объему преобладаетъ надъ прочимъ содержаніемъ (у Аренса, Варнкёнига, Вальтера), а политика исключается вовсе изъ Энциклопедіи.

Имѣя въ виду такую неопредѣленность содержанія Юридической Энциклопедіи и безграничность матеріала, который *можетъ* войдти въ составъ ея, кажется, справедливѣе назвать науку, имѣющую предметомъ общее ученіе о правѣ — его теоріею. Названіе Энциклопедіи права или Энциклопедіи юридическихъ и политическихъ наукъ прилагается правильнѣе къ совокупности всѣхъ

этихъ наукъ, а не къ особой наукѣ; въ этомъ смыслѣ употреблялось это названіе относительно различныхъ отраслей человѣческаго знанія: исторіи, технологіи, медицины и проч. Обработываніе отдѣльныхъ частей энциклопедіи въ этомъ смыслѣ можетъ быть дѣломъ нѣсколькихъ лицъ, какъ это повторяется постоянно въ многотомныхъ изданіяхъ.

Слово *догматика* употреблялось первоначально въ приложеніи къ религіознымъ вѣроученіямъ (впервые въ 1648 году), а потому и не получило права гражданства въ области права; но если названіе догмы права употребляется для обозначенія дѣйствующихъ законовъ, то на томъ же основаніи, по аналогіи, можно обозначить догматикою совокупность теоретическихъ ученій о правѣ. Въ этомъ смыслѣ догматика должна опредѣлить общую идею права и его существенныя формы, равно какъ существо и формы общества; указать приложеніе этой идеи въ различныхъ юридическихъ и политическихъ наукахъ, общее содержаніе этихъ наукъ и связь между ними; наконецъ опредѣлить историческое пониманіе идеи права.

Такое содержаніе даетъ юридической догматикѣ значеніе отдѣльной самостоятельной науки, которою должно начинаться юридическое образованіе. Всѣ отдѣльныя отрасли Юриспруденціи служатъ развитіемъ тѣхъ началъ, которыя выяснены догматикою и въ свою очередь поясняютъ общія начала, заключая въ себѣ, кромѣ догматической стороны права, его исторію и политику.

ОБЩАЯ

ТЕОРІЯ ПРАВА.

Основаніемъ и центромъ органическаго порядка жизни служитъ лицо въ его двоякомъ выраженіи — единичномъ и общественномъ. Все существуетъ ради человѣка, все ему служитъ По выраженію древнихъ, онъ есть мѣра всѣхъ вещей; по христіанскому вѣрованію, ему назначено быть храмомъ Бога на землѣ и наслѣдовать царство Божіе. Поэтому и порядокъ жизни можетъ служить только выраженіемъ существа и природы человѣка; право имѣетъ бытіе ради его: omnia jura hominum causa constituta sunt.

Духовная и тѣлесная природа человѣка и дѣйствующія въ немъ силы составляютъ предметъ *антропологіи;* слѣдовательно порядокъ и направленіе этихъ силъ должны быть выведены изъ личной и соціальной антропологіи, то есть изъ существа различныхъ силъ личныхъ и общественныхъ.

Восходя отъ самаго сложнаго сочетанія этихъ силъ въ наиболѣе развитомъ обществѣ и до самаго простаго, путемъ наблюденія и сравненія можно уяснить себѣ, какія силы дѣйствовали постоянно, въ какихъ учрежденіяхъ или институтахъ заявляли онѣ себя и какъ все больше и больше уяснялось сознаніе о силѣ направляющей, о гармоніи и порядкѣ жизни.

Но наблюденіе фактовъ, какъ оно ни плодотворно, еще не можетъ считаться послѣднимъ актомъ нашей мысли; необходимо дойти до пониманія идеи, то есть до обобщенія многихъ разнообразныхъ явленій, относи-

тельно которыхъ существуетъ постоянно одинаковый взглядъ. Анализируя какое-либо явленіе, мы отыскиваемъ его причины и изъ причинъ угадываемъ послѣдствія (индукція); затѣмъ переходимъ отъ ближайшихъ причинъ къ дальнѣйшимъ (дедукція) и наконецъ отсюда открываемъ ту идею или ту силу, которая служила основаніемъ послѣдней причины въ обществѣ и въ отдѣльномъ лицѣ. — Подробное изложеніе этой методы, основанной на системѣ Д. С. Милля, сдѣлано *Эсмаферомъ*, въ его сочиненіи Grundlehre der Gesetze des Staates (Tübing, 1865) См. также *Glaser*, Encyclopädie der Gesellschaft-und-Staatswis. (Berl 1864)

Останавливаться на однихъ фактахъ, придавать имъ непреложное значеніе, не восходить къ идеѣ, къ общему закону, значило бы отрицать въ человѣкѣ всякую свободу, признавать во всѣхъ явленіяхъ роковую необходимость. Наоборотъ, создавать идею направленія силъ, не обращая вниманія на ихъ дѣйствіе или выраженіе, независимо отъ жизни, значило бы отрѣшаться отъ жизни и лишать право его практическаго значенія. Теорія не состоитъ въ отвлеченномъ представленіи; она есть логическій выводъ положительныхъ и отрицательныхъ условій для дѣйствительныхъ и осуществимыхъ общихъ законовъ выраженія существующихъ силъ Теорія права имѣетъ положительное содержаніе, она обращается только къ жизненнымъ силамъ и къ установленному для нихъ общественному порядку. Основываясь на наблюденіи, на историческихъ и статистическихъ данныхъ, теорія права не видитъ въ нихъ безусловнаго принципа, а возводитъ ихъ къ идеѣ, отыскиваетъ общіе законы и условія жизни и развитія человѣческихъ силъ въ органическомъ ихъ сочетаніи.

Въ этомъ смыслѣ теорія права заключаетъ въ себѣ

философскій элементъ, и ее нерѣдко называютъ *философіею права*. Другіе употребляютъ названіе *естественнаго, раціональнаго, логическаго* права для обозначенія того порядка жизни, который долженъ быть установленъ по разуму или по естеству человѣческихъ силъ, въ отличіе отъ положительнаго права, т. е. выраженія порядка въ данномъ обществѣ. Нѣкоторые напротивъ отрицаютъ какія бы то ни было общія начала для права и придаютъ значеніе только тому, что установлено народною жизнію, или же считаютъ раціональныя положенія за синонимъ нравственности (Paley).

Теорія не отвергаетъ такого раціональнаго права или общаго разума юридическихъ отношеній; но она выводитъ его не изъ отвлеченныхъ представленій о силахъ человѣческихъ, а изъ ихъ жизненнаго сочетанія.

Дѣйствительно, наблюденіе показываетъ даже на самыхъ первоначальныхъ ступеняхъ человѣческаго общежитія сложившійся порядокъ и опредѣленныя формы примиренія потребностей. Отдѣльное, изолированное положеніе человѣка недоступно наблюденію; всѣ преданія о кратковременномъ природномъ состояніи его такъ неполны, что по нимъ нельзя составить себѣ понятія о томъ, чѣмъ примирялись противоположныя силы и существовала ли эта противоположность. Первыя положительныя свѣдѣнія о бытѣ общественномъ касаются того времени, когда этотъ бытъ получилъ уже опредѣленную форму. Геологія, основываясь на свойствѣ каменнаго угля, опредѣляетъ существованіе земли въ теченіи 5-ти милліоновъ лѣтъ; для образованія долины Ніагарскаго водопада необходимо было 35,000 лѣтъ. Проникнуть въ это громадное пространство времени и найдти указанія на жизнь первобытныхъ людей нѣтъ никакой возможности. Достовѣрныя историческія свидѣтельства относят-

ся къ такому общественному состоянію, въ которомъ люди оказывались знакомыми съ искусствомъ добывать огонь, съ оружіемъ и съ разнаго рода орудіями, для изобрѣтенія которыхъ требовалось много времени. Далѣе, извѣстно, что первобытные народы покидаютъ мѣсто своего жительства только вслѣдствіе непреодолимыхъ препятствій со стороны природы или вслѣдствіе нападеній другихъ племенъ; поэтому разселеніе людей по всему земному шару, о которомъ преданія говорятъ какъ о совершившемся фактѣ, требовало также огромнаго пространства времени. Наконецъ въ необозримой отдаленности первобытнаго состоянія еще болѣе убѣждаетъ образованіе языковъ. Если ребенокъ только постепенно научается говорить, только постепенно воспринимаетъ уже установившіеся звуки и формы, то сколько нужно было времени для того, чтобъ изобрѣсти языкъ и дать ему грамматическія формы. Нельзя не замѣтить при этомъ, что сила цивилизаціи дѣйствуетъ по закону паденія тѣлъ: чѣмъ выше развитіе человѣка, тѣмъ быстрѣе идетъ онъ далѣе, первоначально же всѣ выраженія общественной жизни должны были создаваться чрезвычайно медленно.

При такой недоступности для наблюденія, такъ-называемое естественное состояніе (Naturzustand, status naturalis, état de la nature) не можетъ быть признано дѣйствительно существующимъ и представленія о немъ зависѣли всегда отъ субъективнаго воззрѣнія писателей. Таковы поэтическія преданія о золотомъ вѣкѣ, получившія временное значеніе въ наукѣ. Еще въ Греціи стоики полагали, что и физическая природа и нравственное существо человѣка извращены игрою случая и что поэтому необходимо постоянно стремиться къ утраченному первообразу, къ простотѣ жизни. Римскіе

юристы приходили къ тому же понятію, заключая о немъ изъ данныхъ явленій: наблюдая одинаковыя формы права у многихъ народовъ, они видѣли въ нихъ природу общества, ту общность учрежденій, которая существовала когда-то и исчезла вслѣдствіе историческихъ условій. Въ 17-мъ и 18-мъ вѣкѣ наука снова обратилась къ естественному состоянію. Полагали возможнымъ освободить жизнь человѣческую отъ всѣхъ искусственныхъ силъ и потребностей, посредствомъ разума возсоздать истинную природу человѣка, и, принявъ ее въ основаніе, устроить идеальный порядокъ жизни. Нормы такого порядка обозначались названіемъ естественнаго права, какъ независимаго отъ дѣйствительной жизни.

Общія представленія о такомъ естественномъ состояніи и о причинахъ, по которымъ оно утратилось, были различны. Одни (Гуго Гротъ) ограничивали естественное состояніе пребываніемъ человѣка въ раю и полагали, что люди, разсѣянные и разрозненные, вступили между собою въ договоръ, побуждаясь потребностью взаимнаго сближенія. Другіе (Гоббесъ) видѣли въ естественномъ состояніи всеобщую вражду: чувство страха заставило людей отказаться отъ независимости и ввѣрить особой власти охраненіе порядка и безопасности. По мнѣнію многихъ (Локкъ, Руссо) естественное состояніе было идеаломъ счастья и прекратилось вслѣдствіе неравенства между людьми и развитія ихъ потребностей; но, покидая это состояніе, люди старались по возможности сохранить то, чѣмъ они пользовались въ періодъ своего счастья.

Такимъ образомъ понятіе объ естественномъ правѣ прилагалось къ особому воображаемому состоянію людей, которое, по мнѣнію самихъ его сторонниковъ, человѣкъ покинулъ по естественнымъ же побужденіямъ.

Слѣдовательно фикція природнаго состоянія сама себя уничтожала. Признавая его за идеалъ, необходимо было постоянно возвращать къ нему человѣка, ставить въ образецъ необразованность и дикость, доказывать вредъ наукъ и искусствъ; общество получало характеръ внѣшній, случайный, могло быть устроено такъ или иначе по произволу человѣка, за нимъ не признавались его общественныя силы. Въ этомъ смыслѣ естественное право было отвлеченнымъ и односторонним выводомъ, основаннымъ только на единичномъ началѣ человѣческой независимости и свободы, на столкновеніи только одной силы.

Но разумъ юридическихъ отношеній долженъ быть выведенъ изъ совокупности всѣхъ силъ, проявляющихся въ жизни, долженъ выражать общую гармонію и порядокъ ея; будучи внутреннимъ выраженіемъ дѣйствующихъ силъ, а не внѣшнею силою, этотъ порядокъ вытекаетъ изъ свойства силъ, по скольку оно опредѣляется въ ихъ приложеніи или послѣдствіяхъ. Разумъ права не всегда совпадаетъ съ положеніями формулированнаго права; по выраженію Фенелона, нужно различать: la loi *qui est* и la loi qui *est faite;* этотъ разумъ не есть только обобщеніе права существующаго; онъ лежитъ въ природѣ потребностей, приходящихъ во взаимное отношеніе; но онъ также не есть чисто-спекулятивный выводъ, а долженъ быть засвидѣтельствованъ жизнію. Le droit n'est autre chose que la raison même, et la raison la plus certaine, puisque c'est la raison reconnue par le consentement des hommes (Bossuet).

Съ другой стороны теорія права не можетъ останавливаться на фактахъ и придавать каждому изъ нихъ безусловное значеніе. Выраженіе силъ и потребностей въ данное время, представляя собою извѣстный истори-

ческій моментъ ихъ развитія, никогда не соотвѣтствуетъ вполнѣ ихъ идеалу. Дѣйствительность представляетъ нерѣдко уклоненія отъ разума той или другой потребности человѣка. Мы не можемъ считать законными и необходимыми явленія потому только, что они повторяются однообразно и почти непрерывно. Надъ этими фактами всегда возвышается идеалъ жизненнаго порядка, та сила, которой присутствіе сказывается въ разнообразной массѣ явленій и которая подчиняетъ себѣ свободную дѣятельность человѣка.

Такимъ образомъ, теорія права основывается на двоякомъ выраженіи силъ. Прежде всего она имѣетъ въ виду тотъ идеалъ наилучшаго сочетанія человѣческихъ силъ, который не зависитъ отъ произвола людей или отъ случая, а выводится изъ существа самихъ силъ. Право, опредѣляющее порядокъ такого сочетанія силъ называется правомъ въ объективномъ смыслѣ (jus sensu objectivo). Теорія права въ этомъ значеніи его имѣетъ предметомъ своимъ идею и формы права, выводимыя изъ разума отношеній между силами.

Но идея и формы права (положительное право) не остаются безъ приложенія. Лицо и общество, призванныя къ жизни и развитію, пользуются своими силами согласно съ ихъ сущностью. Такое пользованіе или приложеніе силъ, основанное на правѣ въ объективномъ смыслѣ, есть право въ субъективномъ смыслѣ (jura, jus sensu subjectivo), а отношенія, возникающія между отдѣльными лицами и обществами, вслѣдствіе сопоставленія или столкновенія ихъ силъ, по скольку они опредѣляются правомъ, называются юридическими отношеніями.

Эти отношенія отличаются отъ всѣхъ прочихъ (фактическихъ, нравственныхъ и проч.) тѣмъ, что они подхо-

дятъ подъ общій опредѣленный порядокъ примиренія силъ, подъ извѣстное признанное выраженіе ихъ, или юридическій институтъ, который существуетъ въ своей идеѣ и въ данной формѣ (семейство, собственность и пр.). Всякое фактическое проявленіе силъ, опредѣляемое правомъ, подводится подъ какой-либо институтъ; къ нимъ прилагается общее правило: da mihi factum, dabo tibi jus. Наконецъ всѣ институты права, или установленныя нормы для выраженія силъ, находятся во взаимной связи; подобно тому какъ всѣ человѣческія силы представляютъ собою общій порядокъ и гармонію,— точно также юридическіе институты образуютъ одно цѣлое, одну систему права.

Общая теорія должна указать на всѣ эти стороны права, то есть опредѣлить объективное право въ его основной идеѣ и въ юридическихъ институтахъ и субъективное право въ различныхъ юридическихъ отношеніяхъ.

СУЩНОСТЬ И ФОРМЫ ПРАВА.

(Право въ объективномъ смыслѣ).

ГЛАВА I.

Потребности, ихъ случайное и необходимое выраженіе.

A. Schopenhauer, Die beiden Grundprobleme der Ethik. Leipz. 1860. — *J. Austin*, The province of Jurisprudence determined. 2-d edit. 3 vols. Lond. 1861—63. — *Allihn*, Die Grundlehren der allgem. Ethik. Leipz. 1861. — *C. L. Michelet*, Naturrecht oder Rechtsphilosophie. 2 Bde. Berl. 1866. — *J. H. Fichte*, System der Ethik. 2 Bde Leipz. 1851—53. Antropologie. Leipz. 1860.— *J. Fröbel*, Theorie der Politik. 2 Bde. Wien. 1861—64. — *Löwenhardt*, Die Identität der Moral-und Natur-Gesetze. Leipz. 1863.— *D. Rowland*, Laws of nature, the foundation of morals. Lond. 1863. — *Dankwardt*, Psychologie und Criminalrecht. Leipz. 1863. — *L. Stein*, System der Staatswissenschaft. 2 Bde. Augsb. 1852—56. — *Drobisch*, Die moralische Statistik. Leipz. 1867. — *Lazarus*, Einige synthetische Gedanken zur Völkerpsychologie. Berl. 1863. — *Frauenstädt*, Das sittliche Leben. Leipz. 1866. — *Glaser*, Encyclopädie der Gesellschafts-und Staatswissenschaften. Berl. 1864.

1. Жизнь и дѣятельность поддерживаются въ человѣкѣ и обществѣ присущими имъ потребностями, въ удовлетвореніи которыхъ каждый находитъ успокоеніе, довольство и счастіе. Человѣкъ безъ потребностей не

мыслимъ; по мѣрѣ удовлетворенія однихъ желаній и требованій, возникаютъ другія; чѣмъ больше развивается лицо и общество, тѣмъ разнообразнѣе становятся ихъ потребности: между довольствомъ полудикихъ людей и тѣми наслажденіями, которыя доступны человѣку образованному, существуетъ огромная разница. Остановить увеличеніе потребностей, возвратить людей къ ихъ первобытной простотѣ, значило бы остановить жизнь, уничтожить побужденіе къ труду, къ творчеству и къ необходимой жизненной борьбѣ.

Потребности суть выраженія силъ, сознаніе о которыхъ постоянно присуще человѣку. Всѣ явленія видимаго міра становятся для насъ понятны только тогда, когда мы находимъ ихъ движущую силу или причину; въ тѣхъ же явленіяхъ, которыхъ мы не можемъ объяснить себѣ и которыя не подходятъ подъ наше представленіе о причинахъ и слѣдствіяхъ. мы признаемъ божественную силу Провидѣнія или роковую силу судьбы, случая.

Однѣ изъ силъ мы узнаемъ непосредственно, безотчетно, въ существованіи другихъ убѣждаемся путемъ наблюденія и размышленія. Такъ, для каждаго несомнѣнны побужденія физіологическихъ силъ голода, жажды и т. п.; силы природы познаются посредствомъ наблюденія; о силахъ душевныхъ мы составляемъ себѣ понятіе какъ по внутреннему ощущенію, такъ и по внѣшнему выраженію: любовь или ненависть заставляютъ человѣка поступать такъ, а не иначе и нерѣдко овладѣваютъ имъ всецѣло; наконецъ народы и отдѣльныя лица безусловно преклоняются предъ всемогущею силою Промысла и видятъ ея выраженіе въ своихъ историческихъ судьбахъ.

Съ понятіемъ о силахъ неразрывно связано понятіе о благахъ въ обширномъ смыслѣ, то-есть о томъ, что

прямо или посредственно удовлетворяетъ потребностямъ человѣка: bona quod beant; beare est prodesse. Наблюденіе показываетъ, что безъ приложенія силы и способности человѣка теряютъ свою энергію и что только дѣйствительное пользованіе силами можетъ доставить ему довольство. Между силами и благами существуетъ тѣсная связь и взаимнодѣйствіе: чѣмъ большимъ количествомъ средствъ или благъ владѣетъ человѣкъ, тѣмъ большую энергію получаютъ его силы; кто обладаетъ знаніемъ, матеріяльными средствами или имѣетъ навыкъ въ извѣстномъ дѣлѣ, тотъ оказывается сильнѣе и слѣд. съ большими потребностями, и наоборотъ. Всѣ блага имѣютъ для человѣка значеніе на столько, на сколько они облегчаютъ выраженіе присущей ему силы: люди жертвуютъ своимъ имуществомъ или внѣшними благами во имя чести, преданности, даже изъ страха, надежда на увеличеніе средствъ матеріяльныхъ или духовныхъ возбуждаетъ въ человѣкѣ его силы; опасеніе лишиться этихъ благъ сдерживаетъ дурныя наклонности и т. п.

Блага могутъ состоять или въ предметахъ внѣшней природы (имущество), или въ духовныхъ средствахъ человѣческаго развитія (знаніе, искусство), или наконецъ въ возможности приложенія силъ (свобода, обезпеченіе). Во всякомъ случаѣ, какъ нельзя представить себѣ жизнь человѣческую безъ извѣстныхъ движущихъ ее силъ, такъ немыслима она безъ опредѣленныхъ благъ.

Эта связь между силами и благами видимымъ образомъ высказывается въ томъ, что къ тѣмъ и другимъ прилагается понятіе о потребностяхъ; мы говоримъ: потребность голода и потребность пищи, знаніе есть сила и благо и пр.

Какъ силы такъ и блага (потребности) способны къ безконечному разнообразію. Въ нихъ выражается осо-

бенность каждаго лица и общая природа человѣка, его физическая и духовная сторона, проявляющаяся въ дѣятельности.

II. Такъ, дѣятельность человѣка опредѣляется прежде всего естественными силами, существующими въ самомъ человѣкѣ и во внѣшней природѣ. Къ первымъ относятся потребности физической жизни человѣка и его инстинкты; ко вторымъ вся природа, существующая внѣ человѣка и оказывающая на него свое непосредственное вліяніе.

Силы *физіологическія* — голодъ, жажда, сонъ, воспроизведеніе и пр. — общи человѣку и животнымъ: въ нихъ выражается потребность сохраненія и продолженія физической жизни. Сущность этихъ силъ состоитъ въ періодической, неизмѣнной и необходимой смѣнѣ и въ равновѣсіи между ихъ приложеніемъ и бездѣйствіемъ: за голодомъ слѣдуетъ насыщеніе, за усталостью отдыхъ и наоборотъ (*Rowland*, 60). Хотя эти силы общи для всѣхъ, однако равновѣсіе, составляющее законъ ихъ выраженія, можетъ быть нарушено, а слѣд. понятіе о необходимости не прилагается къ нимъ безусловно. Такъ, удовлетвореніе голода и жажды служитъ поводомъ къ искусственной потребности гастрономіи и къ разрушительнымъ послѣдствіямъ пресыщенія и пьянства; сила воспроизведенія выражается иногда въ развратѣ и другихъ порокахъ, а также служитъ причиною пролетаріата (отъ proles); человѣкъ предается нерѣдко изнѣженности, лѣности и проч. Поэтому, признавая необходимость требованій физической природы человѣка — vis major, cui natura hominum resistere non potest — нельзя придавать имъ значенія безусловнаго. Такъ, нельзя оправдывать рожденія дѣтей внѣ брака; можно сдѣлать обязательнымъ безбрачіе (монахи); иногда сонъ считается недозволеннымъ (солдатъ на часахъ) и пр.

Вообще понятіе о физически-необходимомъ возбуждаетъ много спорныхъ вопросовъ. Безусловное признаніе физическихъ потребностей послужило основаніемъ для ученія матеріялистовъ въ Правѣ. Левенгардтъ сдѣлалъ опытъ сопоставленія нравственныхъ законовъ съ физіологіею, но его попытка оказалась безуспѣшною; впрочемъ въ сочиненіи его можно найдти нѣсколько остроумныхъ сближеній и выводовъ.

Тѣмъ же характеромъ необходимости, хотя и не безусловной, отличается вліяніе *внѣшней природы*, которая находится въ постоянной борьбѣ съ человѣкомъ (Лейбницъ). Она полагаетъ границы его дѣятельности и вызываетъ трудъ и знаніе для ихъ расширенія: человѣкъ защищается отъ вліяній природы, овладѣваетъ ею, дѣлаетъ ее своимъ орудіемъ; но онъ также подчиняется ей. Въ борьбѣ человѣка съ природою существуютъ предѣлы, опредѣляющіе область физически-невозможнаго, — предѣлы, хотя и измѣняющіеся, но никогда не исчезающіе совершенно: человѣкъ не можетъ преодолѣть болѣзней, насилія и принужденія внѣшняго. Поэтому нельзя отрѣшиться отъ понятія о физически-невозможномъ. Ad impossibile nemo tenetur. Impossibilium nulla obligatio.

Далѣе слѣдуютъ естественныя влеченія или *инстинкты*. Эти безсознательныя силы, соотвѣтствующія непосредственнымъ ощущеніямъ человѣка, побуждаютъ его къ дѣятельности и требуютъ удовлетворенія. Первое мѣсто между ними занимаетъ инстинктъ самосохраненія. Человѣкъ испытываетъ непосредственныя ощущенія страданія и вслѣдствіе этого дѣйствуетъ такъ, чтобъ отвратить все, что̀ можетъ причинить ему подобное ощущеніе: онъ защищаетъ себя отъ нападеній со стороны природы и другихъ людей, онъ охраняетъ отъ оскорбленій свою честь и старается обезпечить свою физическую жизнь накопленіемъ внѣшнихъ благъ. —Инстинктъ самосохраненія тѣсно связанъ съ ощущеніемъ страха,

т. е. съ опасеніемъ будущаго физическаго или нравственнаго страданія (стыдъ). Въ большей или меньшей степени страхъ дѣйствуетъ на всѣхъ людей, такъ что угрозы и позоръ производятъ общее впечатлѣніе; страхъ переходитъ въ уваженіе и благоговѣніе, когда соединяется съ любовью, а съ другой стороны можетъ извратиться въ трусость и низкопоклонство — Инстинктъ мщенія имѣетъ много оттѣнковъ, — отъ крайней злобы до высшаго возмездія — Сила любви, какъ непосредственнаго влеченія къ другимъ людямъ или къ предметамъ физической природы, есть одинъ изъ главныхъ инстинктовъ человѣческихъ, служащій основою брака, заботливости о другихъ и самоотверженія. — Стремленіе къ подражанію побуждаетъ людей поступать по примѣру другихъ и повторять свои собственныя дѣйствія, образуя такимъ образомъ силу привычки. Наконецъ стремленіе къ господству или превосходству, къ власти надъ природою и людьми присуще всѣмъ; оно вызываетъ желаніе нравиться, заботу о красотѣ, пріобрѣтеніе знаній и пр.; ложно направленный инстинктъ господства представляется въ формѣ тщеславія и хвастовства, а разрушительно дѣйствуетъ въ формѣ насилія и дерзости.

Инстинкты служили основаніемъ для всѣхъ выводовъ естественнаго права. Римляне признавали значеніе ихъ, какъ jus quod natura omnia animalia docuit, и объясняли ими бракъ, отношеніе родителей къ дѣтямъ и самозащищеніе. Въ новое время наука о правѣ также обращается для своихъ выводовъ къ естественнымъ влеченіямъ человѣка. По ученію френологовъ, эти влеченія подводятся подъ слѣдующія категоріи: 1) Животныя побужденія выражаются: въ половой любви; въ любви къ дѣтямъ (общей человѣку и обезьянѣ); въ такъ-называемомъ стадномъ чувствѣ, которое особенно сильно у пчелъ; въ привязанности; въ драчливости (ею отличаются пѣтухи); въ страсти къ разрушенію (она проявляется у тигра и крысы); въ страсти къ утай-

къ (преобладающей у лисицы и кошки); наконецъ въ стремленіи къ пріобрѣтенію, которое замѣтно у хомяковъ. 2) Къ побужденіямъ чувства относятся: чувство собственнаго достоинства (имъ одарена лошадь); тщеславіе (павлинъ); заботливость; твердость; добросовѣстность; благоговѣніе; надежда; доброжелательство (привязанность у собаки); страсть къ новому и чудесному (у соловья); чувство красоты; страсть къ забавамъ; подражаніе другимъ (у обезьянъ). См. *Dankwardt*, 28. Данквардтъ основываетъ все уголовное право на изслѣдованіяхъ френологіи. — Дробишъ признаетъ только три влеченія: движенія, питанія и половое, и отвергаетъ инстинктъ злобы. — Левенгардтъ (стр. 179) во главѣ всѣхъ инстинктовъ ставитъ стремленіе къ общежитію — Роуландъ (стр. 57) выводитъ всѣ законы изъ двухъ стремленій: половаго и чувства голода. — Мишле (Naturrecht, I. 95) подводитъ инстинкты подъ три категоріи: самосохраненія, общежитія и усовершенствованія. Къ первой относятся: искаціе пріятнаго и удаленіе отъ непріятнаго, инстинктъ владѣнія и чувство чести; ко второй — гнѣвъ, доброжелательство, дружба и месть; къ третьей — стремленіе къ знанію, къ твердости характера и къ совершенству. — Варнкёнигъ (Rechtsphil., 185) принимаетъ три чувственныхъ инстинкта: самосохраненія, стремленія къ удовольствію и половое влеченіе — и три духовныхъ: знанія, вѣры и наслажденія изящнымъ. — Указанные нами выше инстинкты находятся въ ближайшей связи съ правомъ.

Дѣятельность, вызываемая инстинктами, не имѣетъ другой цѣли, кромѣ непосредственнаго удовлетворенія этимъ влеченіямъ, иногда неотразимымъ и противувольнымъ, но большею частію случайнымъ, то есть не имѣющимъ характера необходимости; руководствуясь инстинктомъ, человѣкъ не обращаетъ вниманія на послѣдствія своей дѣятельности, подчиняясь пассивно овладѣвающей имъ силѣ.

Отъ природныхъ силъ и влеченій человѣкъ возвышается до сознанія, которое составляетъ главную духовную силу лица и служитъ основаніемъ истинно-человѣческой дѣятельности. Сплою сознанія человѣкъ отдѣ-

ляетъ отъ себя и ставитъ въ отношеніе къ себѣ все существующее. Сознавая отдѣльность свою отъ природы, онъ утверждаетъ господство надъ нею посредствомъ труда; опытомъ и наблюденіемъ человѣкъ познаетъ все, что̀ существуетъ и совершается внѣ его: хотя внѣшній міръ и не измѣняется отъ сознанія, однако онъ отражается въ немъ и становится достояніемъ человѣка. Наконецъ человѣкъ сознаетъ не только отдѣльность свою отъ другихъ, но также способность возвыситься надъ своими естественными силами и влеченіями, подчинить ихъ высшимъ цѣлямъ. Силою самосознанія онъ постигаетъ истину самого себя, свое достоинство, значеніе и честь. Сознаніе выражается главнымъ образомъ въ *словѣ*, потребность котораго испытываетъ каждый отдѣльный человѣкъ и народъ, запечатлѣвающій въ *языкѣ* свое міросозерцаніе.

Отъ сознанія дѣйствительности человѣкъ переходитъ къ представленію возможнаго, идеальнаго, побуждаемый силою изящнаго, выраженіемъ котораго служитъ *искусство*. Человѣку свойственно наслажденіе внѣшними образами и звуками; онъ признаетъ и подчиняется силѣ красоты въ живомъ человѣкѣ, въ статуѣ, въ картинѣ, въ природѣ; чувство стыдливости, какъ сознаніе нравственной красоты, заставляетъ его избѣгать всего, что̀ оскорбляетъ эту чистую силу.

Наконецъ высшимъ выраженіемъ духовныхъ силъ человѣка служитъ вѣра, основанная на любви къ тому высшему идеалу, который недоступенъ сознанію. Съ вѣрою соединяется надежда на будущее, неизвѣстность котораго была бы для человѣка тяжелѣе самыхъ сильныхъ страданій въ настоящемъ и колебала бы все его существо. Вѣра даетъ человѣку силу надѣяться на достиженіе идеала (*Fröbel*, I. 51). Выраженіемъ такихъ

высшихъ силъ человѣка служитъ *религія*, какъ связь человѣка съ Богомъ и чрезъ Него со всѣми людьми, сознаніе своего несовершенства и надежда на искупленіе его силою благодати и добрыхъ дѣлъ. Указывая на высшій идеалъ, она заставляетъ человѣка постоянно работать надъ улучшеніемъ себя, охраняетъ вѣчныя истины и потребности человѣческой души и возвращаетъ къ нимъ людей, подчиняющихся инымъ силамъ, часто искусственнымъ и ложнымъ.

Вѣра тѣсно связана съ самосознаніемъ, которое невозможно безъ высшихъ идей истины, красоты и блага. По выраженію Вико, человѣкъ способенъ conoscere, volere e potere finito che tende all' Infinito.

Таковы основныя силы, составляющія природу человѣка, постоянно дѣйствующія въ немъ и относящіяся къ двумъ его сторонамъ — тѣлесной и духовной, которыя зачинаются и существуютъ одновременно, оказывая постоянное вліяніе другъ на друга (*J. H. Fichte*, Antropologie, 498). Эти же силы и соотвѣтствующія имъ блага имѣютъ характеръ не только личный, но и общественный. Такъ, мы говоримъ о личномъ убѣжденіи и общественномъ мнѣніи, о народномъ самосознаніи, о народныхъ предразсудкахъ; точно также существуютъ интересы отдѣльныхъ лицъ и цѣлаго общества: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. Общество служитъ хранителемъ всѣхъ силъ отдѣльныхъ лицъ и поколѣній, смѣняющихъ другъ друга. Мы не можемъ представить себѣ общество, которое не сохраняло бы міросозерцанія, науки, искусства предшествовавшихъ поколѣній. Достаточно указать на языкъ, въ которомъ запечатлѣваются понятія и воззрѣнія народа, на историческія преданія, безъ которыхъ не мыслимо никакое общество, на изобрѣтенія и проч., чтобъ убѣдиться въ

томъ, что общество олицетворяетъ собою извѣстныя духовныя силы и что существуетъ общественный духъ, имѣющій свои выраженія.

III. Составляя природу человѣка и общества, то есть условія ихъ бытія, всѣ указанныя силы неодинаковы по своей энергіи и по содержанію, — и этимъ различіемъ опредѣляются особыя свойства лица индивидуальнаго и коллективнаго. Каждый человѣкъ и каждое общество представляютъ собою сочетаніе многообразныхъ силъ и потребностей, иногда противуположныхъ и непримиримыхъ, и чѣмъ сложнѣе такое сочетаніе, тѣмъ полнѣе и опредѣленнѣе выраженіе личности, ея характеръ. Естественныя влеченія и потребности составляютъ его задатки; сознаніе очищаетъ силы, подчиняетъ одну другой, опредѣляетъ сущность каждой изъ нихъ. Человѣкъ не ограничивается непосредственнымъ удовлетвореніемъ своимъ инстинктамъ и безсознательнымъ потребностямъ; онъ сравниваетъ ихъ и ставитъ нѣкоторыя изъ нихъ цѣлью, опредѣляющею соотвѣтствующія ей средства. Необходимость такого выбора вытекаетъ уже изъ того, что естественныя побужденія противурѣчатъ другъ другу, а потому не могутъ быть удовлетворены совмѣстно и должны быть ограничены или очищены (Reinigung der Triebe, *Michelet*, I. 133). Способность дѣйствовать на основаніи сознанныхъ и избранныхъ цѣлей, возможность удовлетворять извѣстнымъ потребностямъ и отстранять другія есть самоопредѣленіе, выраженіемъ котораго служитъ дѣятельность внутренняя и внѣшняя: первая состоитъ въ мышленіи, приговорѣ и рѣшимости человѣка и производитъ измѣненіе въ самомъ человѣкѣ; внѣшняя дѣятельность производитъ измѣненіе относительно природы и другихъ лицъ въ словѣ и дѣлѣ (органы ея — языкъ и рука).

Силы, остающіяся въ бездѣйствіи, безъ выраженія, не могутъ быть опредѣлены ни въ своей энергіи, ни въ содержаніи; только приложеніе силъ указываетъ на ихъ свойство и значеніе, такъ что понятія о жизни и дѣятельности совпадаютъ между собою. Личность, индивидуальность выражается въ томъ, какая сила получаетъ въ человѣкѣ господство и служитъ для него главнымъ побужденіемъ Такъ, мы говоримъ о характерахъ воспріимчивыхъ и крѣпкихъ, опредѣлившихся и шаткихъ; мы можемъ сказать, какъ поступитъ въ данномъ случаѣ религіозный человѣкъ, какое направленіе приметъ политика извѣстнаго государства и проч. Но это господство или опредѣленность силы есть результатъ ея дѣятельности и борьбы. Пока лицо и общество не испытаетъ своихъ силъ въ столкновеніи ихъ съ другими, до тѣхъ поръ они не могутъ быть увѣрены въ себѣ; мы узнаемъ, что̀ мы такое, лишь по тому, какъ мы дѣйствуемъ въ случаѣ борьбы (*Schopenhauer*, 60). Дѣятельность постоянно очищаетъ силы, опредѣляетъ ихъ правду и сущность; наоборотъ, все что̀ не дозволяетъ силамъ обнаружить себя и вступить въ состязаніе, затрудняетъ также раскрытіе истины; уклоняться отъ борьбы значитъ отказываться отъ самоопредѣленія. Нагляднѣе всего это видно при отысканіи научныхъ истинъ, которыя являются результатомъ борьбы различныхъ мнѣній; многія убѣжденія имѣли силу и значеніе лишь потому, что скрывались и избѣгали борьбы; ложь, обманъ, заблужденіе пользуются успѣхомъ только при посредствѣ тайны, подобно скрытой болѣзни, имѣющей разрушительное вліяніе на организмъ. То же явленіе повторяется въ жизни каждаго общества; самоуправленіе безъ оппозиціи, власть безъ контроля извращается въ насиліе и односторонность; общество теряетъ свою

энергію, если въ немъ заглушается голосъ честнаго убѣжденія и безраздѣльно господствуетъ произволъ одной партіи.

IV. Въ дѣятельности силъ, какъ внутренней такъ и внѣшней, имѣющей высшею цѣлью самоопредѣленіе лица и общества, возможна троякая форма отношеній: лицо, общество и ихъ силы представляются сначала единичными и исключительными; затѣмъ они испытываютъ зависимость другъ отъ друга и наконецъ доходятъ до степени полной опредѣленности, которая состоитъ въ признаніи самостоятельности и подчиненія.

Исключительность предшествуетъ всѣмъ прочимъ формамъ выраженія силъ. Первое впечатлѣніе овладѣваетъ человѣкомъ всецѣло, вновь возникшая въ немъ потребность господствуетъ безусловно надъ всѣми другими, новая заявившая себя общественная сила увлекаетъ всѣхъ. Проявленіе силъ на этой ступени имѣетъ характеръ всеобщаго отрицанія и безсознательной нетерпимости ко всему, что́ съ ними не тождественно (фанатизмъ). Въ приложеніи къ личности это состояніе выражается въ *эгоизмѣ*, который имѣетъ различныя ступени, но всегда останавливается на непосредственномъ удовлетвореніи и въ немъ полагаетъ высшую цѣль для себя. Исключительность заставляетъ человѣка стремиться къ безусловному господству; онъ старается сдѣлать другихъ людей орудіемъ достиженія своей единичной цѣли, отрицаетъ все во имя одной силы, которая получаетъ характеръ всемогущества и подчиняетъ себѣ все существо человѣка. Исключительность силы можетъ возвышаться до самопожертвованія, когда человѣкомъ овладѣваетъ благородная страсть, уничтожающая всѣ препятствія; но она имѣетъ всегда характеръ случайности и неопредѣленности, потому что не признаетъ необходимости и ограниченія.

На этомъ различномъ выраженіи исключительности силъ основывается различный приговоръ о ней. Ad neminem ante bona mens venit quam mala, говорилъ Сенека; по выраженію Талейрана, не должно слѣдовать первому впечатлѣнію, потому что оно всегда хорошо: «Эгоизмъ есть прирожденный врагъ всякой нравственности. Злой полагаетъ свое величіе въ возможности противиться всему, что несогласно съ нимъ; онъ радуется удачѣ своего злаго дѣла тѣмъ болѣе, чѣмъ труднѣе было его исполнить.» *Drobisch.* 38. Шопенгауеръ основываетъ все ученіе о нравственности и правѣ на ограниченіи инстинкта злобы. Этотъ взглядъ высказывается отчасти у Гуго Гроція въ его опредѣленіи права; ut jus sit quod injustum non est. Того же мнѣнія держатся многіе писатели, между прочими Савиньи, Дюрингъ и пр.

V. На этой ступени случайности и безграничности не останавливается ни одна сила; она получаетъ опредѣленность, энергію и содержаніе свое только чрезъ зависимость, сопоставленіе съ другими: взаимнодѣйствіе составляетъ необходимое условіе внутренняго и внѣшняго выраженія силъ. Наши знанія зависятъ отъ сочетанія новыхъ впечатлѣній съ тѣмъ запасомъ ихъ, который пріобрѣтенъ нами; такъ напр. для опытнаго техника явленіе, относящееся къ области его знанія, имѣетъ гораздо большее значеніе, чѣмъ для человѣка, незнакомаго съ технологіею, хотя органъ воспринятія впечатлѣній для обоихъ одинъ и тотъ же При столкновеніи или обмѣнѣ мыслей даже одинаковыхъ по содержанію, онѣ переходятъ въ убѣжденіе; совмѣстный и однородный трудъ производитъ большее количество благъ, чѣмъ работа отдѣльнаго человѣка; вещественный и умственный капиталъ возрастаетъ только чрезъ накопленіе и передачу; машины, искусства и науки, въ которыхъ выражается духъ изобрѣтателей, художниковъ и мыслителей, становятся общимъ достояніемъ; среда, окружающая человѣка, имѣетъ всегда вліяніе на него, опредѣляетъ энергію и характеръ его силъ.

Зависимость не ограничивается отдѣльными лицами, но распространяется на цѣлыя общества, которыя находятся подъ вліяніемъ не только условій физической природы, но также господствующихъ въ данное время силъ (духъ времени) и вѣчныхъ идей, какъ выраженія Божественнаго Промысла о судьбахъ человѣчества. Значеніе такихъ историческихъ и всеобщихъ силъ безспорно. Даже народы, стоящіе внѣ образованнаго міра, только временно не испытываютъ на себѣ зависимости отъ цивилизующихъ силъ, но преклоняются предъ ними при первомъ прикосновеніи живаго духа: этимъ объясняется успѣхъ христіянской проповѣди между полудикими племенами, та жажда знаній, которая охватываетъ каждаго, та свѣжесть воспріимчивости, которая возбуждается при ощущеніи новой силы. Чѣмъ образованнѣе народъ, тѣмъ болѣе подчиняется онъ началу взаимной зависимости. Если въ извѣстную эпоху одно общество пользуется какимъ-либо даже матеріяльнымъ средствомъ цивилизаціи, напр. желѣзными дорогами, то всѣ другія обязаны пріобрѣсти то же орудіе, чтобы не оставаться позади всеобщаго движенія. Начиная съ единичныхъ силъ, зависимость въ высшемъ своемъ выраженіи доходитъ до общечеловѣческаго. Homo sum, atque humani nihil a me alienum puto (Terent.)

Зависимость есть необходимая форма жизни, которая прилагается ко всѣмъ силамъ человѣка и общества. Она вызывается интересами лица, то есть возможностью достигнуть большаго количества благъ и присущею человѣку силою общенія.

Такъ, борьба съ природою требуетъ совокупной дѣятельности нѣсколькихъ лицъ: отдѣльный человѣкъ подчиняется грубымъ силамъ природы и только по мѣрѣ содѣйствія другихъ лицъ онъ пріобрѣтаетъ независи-

мость отъ этихъ силъ. Но и цѣлыя общества не изъяты отъ вліянія климата, свойства почвы и географическихъ условій мѣстности, на которой они живутъ. Климатъ опредѣляетъ большее или меньшее постоянство занятій и энергію труда; горы препятствуютъ сближенію народовъ, море уничтожаетъ ихъ замкнутость. Способъ обработыванія земли, одежда и жилище, охраняющія отъ вліянія природы, обусловливаются постояннымъ воздѣйствіемъ явленій природы на человѣка и степенью его независимости отъ этихъ явленій.

Человѣкъ зависитъ далѣе отъ собственныхъ инстинктовъ (детерминизмъ воли), которые составляютъ природные задатки личности и требуютъ отъ человѣка бо́льшихъ или меньшихъ усилій для борьбы съ собою.

Ученіе о детерминизмѣ составляетъ одинъ изъ спорныхъ вопросовъ. Конечно, нельзя представить себѣ libertas indifferentiae; воля опредѣляется чѣмъ-либо, поэтому нельзя говорить объ отвлеченной свободѣ воли; юристы обращаютъ вниманіе на темпераментъ лица, на его природные задатки и пр. (напр. въ судѣ присяжныхъ), хотя эта зависимость не имѣетъ безусловнаго характера.

Еще болѣе зависимость установляется врожденнымъ человѣку стремленіемъ узнать другихъ и открыть себя имъ. Самоопредѣленіе остается неполнымъ, знанія и опытъ недостаточными, матеріяльные интересы и владычество надъ природою неудовлетворительными безъ духовной связи и общенія между людьми. Въ этомъ общеніи выражается основное свойство человѣческой природы (его человѣчность, гуманность); человѣкъ способенъ ощущать чужое удовольствіе и страданіе (сострадать), обобщать свои силы и блага, ставить ихъ въ зависимость отъ силъ и благъ другаго.

Внутренній міръ, говоритъ Штейнъ, внутренняя святыня человѣческаго духа не остается замкнутою для другихъ. Тайна ду-

ховной жизни состоитъ въ томъ, что человѣку труднѣе всего оставаться одинокимъ въ неизслѣдованной области своего внутренняго бытія, въ которой онъ повидимому отдѣленъ вполнѣ. Именно здѣсь человѣкъ раскрываетъ себя другимъ и стремится занять мѣсто въ ихъ внутреннемъ мірѣ; онъ старается передать часть себя другому, узнать чужую жизнь, образовать ее по своему, привлечь ее къ себѣ и поставить себя въ сокровеннѣйшемъ бытіи другаго на его мѣсто. Для обозначенія такого факта у насъ нѣтъ слова, но кто сомнѣвается въ этой силѣ одного человѣка надъ другимъ? *Stein*, System, II, 94. Любовь есть глубочайшее и высшее выраженіе, въ которомъ существо познаетъ себя и даетъ познавать себя другимъ: оно открываетъ себя въ другихъ и другихъ въ себѣ. *Fröbel*, I, 68. Только въ своей чувственной непосредственности человѣкъ есть отдѣльное лицо; его истина есть его отношеніе къ другимъ. *Fichte*, I 17.

Эта сила выражается въ различныхъ формахъ. Человѣкъ повторяетъ въ своей дѣятельности то, что́ узнаетъ въ другихъ людяхъ, или *подражая* имъ внѣшнимъ образомъ или же стараясь *научиться* у нихъ болѣе совершенному выраженію личности. Онъ признаетъ далѣе чужія цѣли и потребности, какъ отдѣльныя отъ своихъ и несогласныя съ ними, а потому не нарушаетъ ихъ своею дѣятельностію; такое признаніе выражается въ *уваженіи*. Затѣмъ человѣкъ отказывается совершенно отъ своихъ потребностей, онъ полагаетъ свое благо въ исполненіи того, чего отъ него требуютъ другіе, *повинуясь* чужому приказанію или совѣту. Сила общенія достигаетъ высшей степени, когда человѣкъ непосредственно дѣлаетъ чужія потребности своими собственными, свое благо и довольство видитъ въ довольствѣ другаго и доходитъ до самопожертвованія. Выраженіемъ такого соединенія между лицами служитъ *любовь* и преданность; такова любовь матери къ дѣтямъ, любовь къ отечеству, преданность высшимъ силамъ истины и проч. Постоянная преданность лицу или соотвѣтствіе дѣятель-

ности человѣка извѣстной силѣ есть *вѣрность*. Наконецъ когда олицетвореніе силъ и требованій становится идеаломъ для жизни лица, то любовь переходитъ въ *почитаніе*, которое въ высшей степени выражается въ поклоненіи и благоговѣніи.

VI. По будучи непреложною формою человѣческой жизни, зависимость предполагаетъ необходимо особенность или личность. Какъ скоро исчезаетъ своеобразность силъ, жизнь теряетъ свою энергію и содержаніе. Гдѣ подавлена личная дѣятельность, гдѣ всѣ потребности приведены къ однообразію, тамъ ослабѣваетъ общественная жизнь; при отсутствіи обезпеченія для труда теряется его энергія; безъ соревнованія глохнутъ всѣ способности и тому под. Общество можетъ развиваться только при посредствѣ живыхъ лицъ; историческія силы вырабатываются путемъ борьбы и столкновенія. Чѣмъ болѣе силы имѣютъ духовный характеръ, тѣмъ яснѣе высказывается ихъ отдѣльность: въ земледѣліи личность играетъ наименьшую роль, въ ремеслахъ значеніе ея важнѣе, въ наукѣ самобытность проявляется наиболѣе; точно также въ общей системѣ мірозданія по мѣрѣ совершенства творенія, увеличивается его индивидуальность.

По различнымъ отношеніямъ, въ которыя становится человѣкъ, выраженіе его отдѣльности представляется въ различныхъ формахъ. Основою самоопредѣленія лица служитъ сознаніе его значенія и достоинства или *честь*. Безъ этой силы немыслима жизнь лица: человѣкъ, потерявшій уваженіе къ самому себѣ, дѣлается слѣпымъ орудіемъ другаго и лишается возможности усовершенствованія; онъ не можетъ уважать другихъ, если не сознаетъ своего достоинства, а потому становится или рабомъ, или деспотомъ. Честь есть высшая сила и высшее благо, которое человѣкъ хранитъ въ чистотѣ и

защищаетъ отъ потери: честь дороже жизни. Она основывается на признаніи каждаго лица членомъ общества, имѣющимъ свои цѣли, а съ этимъ соединяется признаніе опредѣленныхъ средствъ или благъ. Эти блага, какъ матеріяльныя такъ и нравственныя (знаніе, убѣжденіе, трудъ), составляютъ *собственность* лица, т. е. они такъ неразрывно связаны съ лицомъ, что только при его содѣйствіи могутъ быть отняты у него. Этого мало. Они опредѣляютъ значеніе лица по отношенію къ другимъ, или его *вліяніе* въ обществѣ. Это вліяніе имѣетъ характеръ *авторитета*, когда лицо подчиняетъ себѣ убѣжденія и вѣрованія другихъ, и становится *властью*, когда лицо, чрезъ посредство благъ матеріяльныхъ и духовныхъ, составляющихъ его собственность, опредѣляетъ выраженіе дѣятельности другихъ лицъ; и такъ какъ вліяніе есть приложеніе чести и собственности, то оно принадлежитъ тому, кто прилагаетъ свои блага, и увеличивается въ размѣрѣ этого приложенія (дѣятельности); отсюда тѣсная связь между собственностью въ обширномъ смыслѣ и властью.

Эти двѣ формы — зависимости и отдѣльности — необходимо предполагаютъ одна другую. Честь и собственность не мыслимы безъ отношенія къ другимъ людямъ; подчиненіе и любовь возможны только при существованіи по крайней мѣрѣ двухъ самостоятельныхъ лицъ, такъ чтобы воля одного не исчезала въ волѣ другаго (*Allihn*, 160); безъ конкурренціи невозможно производство благъ. Чѣмъ больше различій между лицами, приходящими въ зависимость, тѣмъ сильнѣе движеніе жизни. Общество изъ отдѣльныхъ индивидуумовъ превращается въ отвлеченное понятіе, становится механическимъ смѣшеніемъ, однообразною массою: чѣмъ богаче общество, тѣмъ глубже развитіе лица, и наобо-

ротъ; индивидуальное и общественное положеніе человѣка, каждое порознь не имѣютъ самостоятельнаго бытія; ни одно изъ нихъ не можетъ быть представлено прежде другаго.

VII. Исключительностью, зависимостью и отдѣльностью силъ опредѣляется ихъ формальная сторона. Но характеръ и общее значеніе этихъ формъ остается неопредѣленнымъ: подражаніе возбуждается примѣромъ добра и зла; любовь можетъ обратиться въ потворство; принужденіе, дѣйствуя разрушительно въ видѣ насилія, оказывается иногда благотворнымъ и т. д. Содержаніе свое всѣ силы получаютъ только по отношенію къ двумъ сторонамъ жизни: движенію и охраненію. Существованіе человѣка выражаетъ собою постоянную смѣну покоя и движенія, пріобрѣтенія и владѣнія, труда и пользованія.

Въ области права эти двѣ стороны выражаются относительно имущества въ собственности и договорѣ; относительно семейства въ правѣ отца и мужа и въ наслѣдствѣ и пр.

Движеніе составляетъ необходимое условіе жизни, такъ какъ всѣ потребности личныя и общественныя способны къ усовершенствованію и развитію. Человѣкъ желаетъ пріобрѣсти большее количество благъ; онъ старается улучшить себя нравственно, пріобрѣсти самобытность и опредѣлить зависимость свою. Мы замѣчаемъ, что сила движенія увеличивается постоянно. Первоначально она прерывается и требуетъ возобновленія извнѣ, такъ напр. человѣкъ требуетъ надзора и понужденія, чтобы не останавливаться въ развитіи нравственномъ и проч. Но мало-по-малу сила движенія получаетъ характеръ непрерывности: потребность образованія становится настоятельною, трудъ дѣлается для человѣка удовольствіемъ и тому под. Движеніе не имѣетъ предѣ-

ла, оно идетъ въ безконечность, такъ какъ идеалъ дѣятельности и сознанія остается всегда недостижимымъ. Въ этомъ смыслѣ прогрессъ человѣка и человѣчества безконеченъ; современная цивилизація представляетъ только одну изъ ступеней его, и все, что̀ увеличиваетъ движеніе жизни, имѣетъ созидающій характеръ.

По выраженію Данте, конечная цѣль цивилизаціи — finis utilis civitatis humani generis — состоитъ въ томъ, чтобы всѣ лежащія въ немъ силы разумѣнія выразить сперва въ мышленіи, а потомъ въ дѣйствіи. Непрерывность, какъ послѣднее выраженіе движенія, замѣчается и въ матеріяльномъ мірѣ: сперва человѣкъ мелетъ зерно, ударяя камнемъ о камень, двигаетъ лодку весломъ, и пр., въ послѣдствіи эта прерывающаяся сила замѣняется постоянною въ машинахъ, пароходахъ.

Но движеніе невозможно безъ сохраненія, такъ какъ оно предполагаетъ извѣстные моменты, связанные между собою и вытекающіе одинъ изъ другаго. Безъ охраненія эти моменты сливались бы въ безразличную массу и самое движеніе было бы лишено правильности. Необходимость такого сохраненія мы замѣчаемъ повсюду. Еслибы человѣкъ не имѣлъ способности сохранять производимыя на него впечатлѣнія и они не оставляли бы по себѣ слѣдовъ, то развитіе должно бы было начинаться постоянно съ первыхъ зачатковъ; огражденіе собственности служитъ условіемъ матеріяльнаго преуспѣянія; безъ историческихъ и личныхъ преданій нельзя представить себѣ никакого движенія; въ каждомъ обществѣ мы видимъ сознаніе о необходимости измѣненія и охраненія (либеральное и консервативное начало), взаимно дополняющихъ другъ друга.

VIII. Движеніе и сохраненіе, опредѣляя содержаніе жизни, составляетъ ея истинное благо: добро есть все то, что̀ усовершенствуетъ и сохраняетъ, точно такъ же

какъ наоборотъ зло есть все, что̀ задерживаетъ движеніе жизни и сокращаетъ ея продолжительность. Въ этомъ смыслѣ каждая сила какъ сама по себѣ, такъ и въ сочетаніи съ другими, получаетъ свое содержаніе и значеніе на столько, на сколько соотвѣтствуетъ понятію объ истинномъ благѣ.

Наблюдая фактическое проявленіе силъ, мы замѣчаемъ, что онѣ не всегда имѣютъ содержаніемъ своимъ творчество. Такъ, физіологическія силы, служащія для поддержанія жизни, могутъ противурѣчить этому требованію (развратъ, самоубійство); знаніе и трудъ служатъ орудіемъ творчества, но могутъ получить направленіе, противное благу; мы признаемъ необходимость уничтожать въ ребенкѣ и въ преступникѣ ихъ разрушительные инстинкты, ограничивать ихъ отдѣльность или свободу и пр. Только въ движеніи и охраненіи жизни выражается содержаніе или разумная природа силъ, на которой должно основываться отношеніе между ними: сила созидающая призвана къ господству, сила разрушительная должна подчиняться ей.

Высшее благо, summum bonum, finis bonorum совпадаетъ съ идеею абсолютной истины. *Chalybäus*, I, 87. Le bien c'est la réalisation de la fin absolue de la création (*Jouffroy*). Благо объективное есть то, что̀ соотвѣтствуетъ природѣ существа. *Frauenstädt*, 55.

IX. Смотря по тому, удовлетворяетъ ли отношеніе между силами ихъ содержанію, т. е. благу жизни, мы различаемъ отношенія случайныя и необходимыя.

Случайнымъ или произвольнымъ отношеніемъ мы называемъ то, которое основывается не на существѣ или природѣ силъ, а опредѣляется чѣмъ-либо, лежащимъ внѣ этой природы и несогласнымъ съ нею. При разнообразіи такихъ внѣшнихъ вліяній, случайность всегда

имѣетъ характеръ неопредѣленности, шаткости, измѣнчивости: отрицаніе истины можетъ идти до безконечности, зависимость и отдѣльность могутъ мѣняться безпрерывно, какъ скоро сила становится подчиненною и господствующею помимо своего созидающаго значенія для жизни.

Такъ какъ это значѣніе можетъ быть объяснено только изъ отношеній между силами, то всякая исключительность ее ipso случайна и только по мѣрѣ сопоставленія съ другими силами теряетъ эту случайность.

Случайныя отношенія между силами могутъ зависѣть или отъ невозможности выразить сущность силъ, или отъ непониманія ихъ содержанія, или наконецъ отъ недостатка энергіи силъ. Случайность первой категоріи представляется въ формѣ судьбы, обстоятельствъ (бѣдность, недостатокъ воспитанія и пр.). Сюда относятся также всѣ явленія природы, которыхъ невозможно предвидѣть и подчинить извѣстному направленію; наконецъ условія, противъ которыхъ не въ силахъ бороться общество, даже сознающее ихъ разрушительное вліяніе и пр.

Другаго рода случайныя отношенія между силами зависятъ отъ недостатка ясно-сознанной цѣли (блага) или отъ недостатка энергіи. Такъ, мы говоримъ о людяхъ безъ направленія, о шаткости государственной политики, когда въ отдѣльномъ лицѣ или въ правительствѣ нѣтъ яснаго сознанія о томъ, какая сила должна имѣть перевѣсъ надъ другими, въ чемъ состоитъ сущность каждой изъ нихъ; поэтому подчиненіе и господство мѣняется безпрерывно, зависитъ отъ случайныхъ вліяній, отъ примѣра и т. п. Безспорно, такія явленія противурѣчатъ выраженію сущности силъ: опытъ показываетъ, что нерѣдко побѣда остается на сторонѣ искусственныхъ потребностей, исключительное преобладаніе кото-

рыхъ задерживаетъ поступательный ходъ отдѣльныхъ лицъ и цѣлыхъ обществъ. Одностороннее увлеченіе, нетерпимость, насиліе, всѣ эти проявленія случая повторяются относительно той или другой силы, пока не будетъ открыта ея природа. Такъ, юность, неопытность, незнаніе со стороны лица и общества отличаются всегда случайнымъ отношеніемъ силъ и случайнымъ пониманіемъ благъ; мы говоримъ обыкновенно, что молодыя силы находятся въ броженіи, еще не установились, не нашли своего мѣста: ближайшая потребность становится господствующею, независимо отъ своей сущности, и наоборотъ, созидающая сила (напр. трудъ, знаніе) подчиняется потребностямъ разрушительнымъ. То же явленіе замѣчаемъ мы и въ цѣломъ обществѣ, въ борьбѣ между различными его элементами, и въ отношеніяхъ международныхъ, когда государства безполезно жертвуютъ своими благами во имя отвлеченныхъ идей, изъ боязни чужаго могущества и проч.; завоеванія, выдѣленіе новыхъ государствъ нерѣдко имѣютъ характеръ случайности, вызываемой временными обстоятельствами.

Спорить съ судьбою безразсудно, говоритъ Фрёбель (I. 28) и не только потому, что мы ничего не можемъ противъ нея, но также и главнымъ образомъ потому, что она всегда права относительно насъ. Гдѣ мышленіе преклоняется предъ фактомъ, тамъ право на сторонѣ факта.

Примѣромъ случайности отъ непониманія сущности потребностей между прочимъ можетъ служить крайняя оригинальность лицъ, дѣйствующихъ въ области имъ неизвѣстной: медики, вдающіеся въ философію и политику, юноши, вмѣшивающіеся въ общественныя дѣла, филологи, разсуждающіе о правѣ и пр. отличаются всегда чрезмѣрною смѣлостью и увлеченіями. *Lazarus*, 66.

X. По мѣрѣ опредѣленія сущности потребностей, силъ и благъ, все болѣе и болѣе установляется необходимая зависимость и отдѣльность. Объ эти формы

жизни теряютъ свой случайный характеръ; въ нихъ выражается движеніе и охраненіе; каждая сила и потребность становится дѣйствительною, а не мнимою, то-есть опредѣляется вполнѣ ея сущность, на основаніи которой она получаетъ свое значеніе относительно другихъ.

Такое необходимое отношеніе силъ и благъ, разсматриваемое въ своемъ основаніи называется *принципомъ*, а въ своемъ выраженіи порядкомъ, который не ограничивается бездѣйствіемъ и внѣшнимъ механическимъ подчиненіемъ, а даетъ направленіе дѣятельности лица и общества, опредѣляетъ ихъ характеръ. Такъ какъ это направленіе имѣетъ въ виду не значеніе каждой потребности, разсматриваемой отдѣльно (или ихъ теоретическую сторону), а отношеніе между ними, то направляющія силы дѣятельности называются практическими идеями. На томъ же основаніи онѣ могутъ быть названы *организующими* силами, а ихъ совокупность, по скольку ими опредѣляется нравъ или характеръ лица и общества, составляетъ *нравственность*.

Въ отличіе отъ случайныхъ отношеній, власть и подчиненіе получаютъ нравственный характеръ лишь тогда и на столько, на сколько удовлетворяютъ требованіямъ жизни, ея благу, истинѣ или правдѣ.

Направляющія силы составляютъ необходимое условіе бытія человѣка, такъ какъ его дѣятельность находится всегда въ извѣстномъ отношеніи къ нимъ; поэтому никто не можетъ стоять внѣ области нравственной. Чѣмъ выше развитіе человѣка, тѣмъ яснѣе сознаетъ онъ такую необходимость, то-есть сознательно повинуется и высказываетъ свою власть. Это сознаніе лежитъ въ основѣ долга или обязанности каждаго; направляющія силы становятся принципами или правилами дѣятельности

лица (личные принципы, maximes), служатъ необходимымъ выраженіемъ его характера.

Принципъ, по этимологическому значенію (principium), есть первая или основная причина, изъ которой вытекаютъ необходимыя послѣдствія. Въ каждой области человѣческой жизни или для выраженія каждой силы существуетъ такая первая или господствующая идея. Гербартъ называетъ ихъ MusterBilder, Фихте—MusterBegriffe. Какъ необходима дѣятельность, такъ необходимы и направляющія силы; этимъ этическія идеи отличаются отъ эстетическихъ Wissen ist für den Mensch beliebig, Wollen aber nothwendig, говоритъ Глазеръ (стр. 85).

По опредѣленію Штейна (System, II. 208) порядокъ есть соединеніе общаго и особенностей для одной и той же цѣли; порядокъ, въ которомъ всѣ духовныя силы выражаются чрезъ посредство отдѣльныхъ лицъ, есть общество: въ немъ лица получаютъ свое значеніе и мѣсто не по единичнымъ потребностямъ, но вслѣдствіе органическаго взаимнодѣйствія.

Дробишъ (стр. 79) опредѣляетъ характеръ слѣдующимъ образомъ: это есть постоянное преобладающее направленіе воли; инстинкты составляютъ его естественную сторону; но человѣкъ не руководствуется минутными влеченіями, а слѣдуетъ постояннымъ правиламъ. По опредѣленію Фихте (I. 118), характеръ есть духъ мыслящій, желающій и *дѣйствующій* по мотивамъ.

Austin (I. 43) объясняетъ личные принципы такъ: мы имѣемъ готовыя руководящія начала (maxims) и прилагаемъ ихъ къ отдѣльнымъ случаямъ рѣшительно и скоро, не обращаясь къ процессу, которымъ они выведены. Основаніе для этихъ началъ одни ищутъ въ нравственномъ чувствѣ, другіе во врожденныхъ нравственныхъ идеяхъ (Локкъ), въ здравомъ смыслѣ, въ совѣсти, въ требованіяхъ практическаго разума, въ принципѣ полезнаго и пр. Авторъ (I. 145) основою нравственности полагаетъ: law of God, as known through the principle of utility.

Мы называемъ дѣйствіе нравственнымъ, по скольку оно *должно* было произойдти или пѣть. *Glaser*, 33.

XI. Направляющія силы не представляютъ собою чего-либо искусственнаго или произвольнаго (случайнаго); онѣ не стоятъ внѣ жизни, въ нихъ выражается сущ-

ность всѣхъ потребностей, общій порядокъ, развитіе и сохраненіе. Поэтому направляющія силы, нравственность или правда такъ же необходимы, какъ сама жизнь; подобно истинѣ, бытіе ихъ непреложно, безусловно, и всѣ потребности *должны* подчиняться имъ, какъ принципу жизни.

Такое подчиненіе можетъ быть двоякое: оно коренится во внутреннемъ сознаніи каждаго лица, въ его совѣсти и убѣжденіи, или же оно выражается только во внѣшнихъ дѣйствіяхъ. Отсюда двоякій видъ правды. внутренняя правда или добродѣтель и внѣшняя или право.

Въ общемъ своемъ значеніи, какъ признаніе необходимаго направленія для дѣятельности, нравственность проявляется въ нравахъ (положительная нравственность); внутренняя правда есть добросовѣстность или честность; положительное право составляютъ общественныя опредѣленія его въ обычаѣ, въ законѣ и въ наукѣ.

ГЛАВА II.

Нравственная область и нравы.

Stahl, Die Philosophie des Rechts. 3 Bde. Heidelb. 1856.— *Moÿ de Sons*, Grundlinien einer Philosophie des Rechts. 2 Bde. Wien, 1854—57. — *Ambrosoli*, Introduzione alla giurisprudenza filosofica. Milano, 1846. — *Knapp*, System der Rechtsphilosophie. Erlang. 1857. — *Dühring*, Kritische Grundlegung der Volkswirthschaftslehre. Berl. 1866. — *Gasne*, La justice. I. Paris 1864.— *Gal*, L'homme individuel et social, Par. 1863. — *C-te Skarbek*, Essai de morale civique. Brux. 1861. — *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts. Herausg. von *Gans*. Berl. 1840.

1. Если порядокъ и правда жизни требуютъ, чтобы была выражена природа каждой силы или потребности, то направляющія силы, которыми установляется необходимая зависимость и отдѣльность, должны опредѣляться этою основною цѣлью. Онѣ даютъ руководство для такого выраженія силъ, которое соотвѣтствовало бы истинѣ жизни, и, по двумъ сторонамъ ея, касаются движенія и охраненія.

Движеніе, развитіе, усовершенствованіе составляетъ необходимое условіе для человѣка и достигается собственными усиліями каждаго (трудомъ) и взаимною помощью; охраненіе предполагаетъ признаніе достоинства отдѣльнаго лица и общества и ихъ развитія. Отсюда направляющими силами дѣятельности служатъ: трудъ, любовь и справедливость. Ими опредѣляется нравственная область, непреложная въ своемъ выраженіи, безпредѣльная и все-

объемлющая; имп отдѣляется эта область отъ случайнаго проявленія силъ, установляется порядокъ жизни, раскрытіе ея истины.

II. Трудъ представляетъ собою ту степень участія, которая принадлежитъ каждому лицу въ общеніи съ другими, въ достиженіи общечеловѣческихъ цѣлей. Онъ не остается безслѣднымъ для развитія всѣхъ людей; силою труда лицо подчиняетъ природу всему человѣчеству: изобрѣтенія, примѣръ доброй жизни, добываніе матеріяльныхъ благъ, знанія, — все, что̀ достигается однимъ лицомъ, содѣйствуетъ развитію другихъ. Но главнымъ образомъ въ трудѣ выражается личность человѣка, его искусство, умъ, способность; поэтому трудъ всегда имѣетъ характеръ духовной силы, посредствомъ которой лицо выдѣляется отъ природы внѣшней и возвышается надъ своими естественными влеченіями. Трудъ физическій и умственный укрѣпляетъ человѣка на борьбу; онъ служитъ мѣриломъ его самостоятельности, а слѣд. его достоинства и чести; только при помощи труда человѣкъ можетъ увеличить энергію своихъ силъ, оградить себя отъ случайности. Постоянное исканіе истины, упорная работа надъ улучшеніемъ себя и другихъ, вѣчное движеніе впередъ составляетъ необходимое условіе бытія человѣческаго; апатія имѣетъ слѣдствіемъ притупленіе, ослабленіе всѣхъ способностей и задатковъ, а слѣд. господство произвола и случая.

Всѣ утопіи о будущемъ бездѣйствіи и наслажденіи человѣчества противурѣчатъ природѣ человѣка. Стойкость и постоянство въ трудѣ напротивъ указываютъ на степень развитія лицъ и обществъ; всѣ завоеванія цивилизаціи суть результатъ упорнаго труда. Мы замѣчаемъ у всѣхъ людей потребность трудиться, если только она не заглушена искусственно: какъ скоро къ преступнику возвращается сознаніе, онъ тотчасъ проситъ о дозволеніи работать.

Творческая сила труда служитъ основою дѣятельнаго отношенія человѣка къ жизни: укрѣпляя физическія силы, трудъ даетъ нравственную увѣренность лицу, ограждаетъ его отъ случайной зависимости и тѣмъ возвышаетъ его достоинство, дѣлаетъ его свободнымъ; найдти свой трудъ, свою работу въ жизни значитъ опредѣлить въ ней свое мѣсто, сознавать себя въ общечеловѣческомъ. Въ этомъ заключается высокое нравственное значеніе труда, его созидающій характеръ — какъ для самаго лица, такъ и для другихъ.

III. Но есть другая высшая сила жизни, безъ которой немыслимо ея движеніе. Предоставленный только самому себѣ, человѣкъ не можетъ достигнуть полнаго развитія; ему нужна помощь со стороны другихъ; трудъ становится производительнымъ только при соединеніи силъ (ассоціяціи); онъ поддерживается соревнованіемъ; самая возможность его условливается взаимною зависимостью между лицами. Поэтому развитіе не исчерпывается трудомъ, а достигается силою взаимной любви.

Любовь основывается на сознаніи того общенія, которое существуетъ между всѣми людьми. На какой бы ступени развитія ни находился человѣкъ, онъ не можетъ отрѣшиться отъ этого сознанія, которое составляетъ его природу (гуманность, человѣчность). Nihil tam naturale est, quam hominem homini benefacere (Papinianus). Любовь возвышаетъ даже того, кто потерялъ уваженіе къ себѣ (честь); она пробуждаетъ заглохшія силы и приводитъ къ сознанію объ улучшеніи, заставляя дѣлаться достойнымъ предмета любви. *Schopenhauer*, 206.

Ullus homo, nullus homo. По выраженію Фихте (I. 68), самое глубокое сознаніе человѣка состоитъ въ возведеніи его до человѣческаго рода. — Части природы, говоритъ Мишле (I. 89) связаны между собою случайно: kein natürliches Dasein weiss vom

andern; sie sind andere gegen einander. Кнапп (I. 165) предполагаетъ двоякую сферу человѣческой дѣятельности: хозяйство, какъ подчиненіе внѣшней природы человѣческому роду, и нравственность, какъ такое же подчиненіе отдѣльнаго лица всему человѣчеству.

Самымъ полнымъ выраженіемъ такого общенія и любви служитъ религія; она признаетъ всѣхъ сынами Божіими и въ предвѣчномъ лицѣ Богочеловѣка указываетъ Спасителя всего человѣчества. Только въ Богѣ можно любить всѣхъ людей, только въ Немъ можно сознавать родство и единство общечеловѣческое, осуществить полное общеніе. Поэтому, безъ понятія о Богѣ невозможно понятіе о любви, какъ безъ религіи немыслима жизнь и нравственность.

Qui Deum amat, omnes amat (Лейбницъ). Единеніе человѣка съ Богомъ и единство людей между собою въ глубочайшемъ основаніи своемъ совпадаютъ: это одна и таже идея, разсматриваемая въ разныхъ проявленіяхъ. *Fichte*, I. 20.

Эта сила божественнаго и общечеловѣческаго установляетъ самую полную, всеобъемлющую зависимость: отдѣльное лицо подчиняетъ себя общечеловѣческому, оно ищетъ своего усовершенствованія въ другихъ и въ свою очередь восполняетъ ихъ собою. Такая движущая сила жизни получаетъ троякое выраженіе.

Человѣкъ сознаетъ необходимость восполнить то, что менѣе совершенно, содѣйствовать развитію другихъ, побудить ихъ къ труду, оказать помощь въ пріобрѣтеніи благъ, имъ недостающихъ. Такимъ характеромъ отличается поддержка слабому со стороны болѣе сильныхъ: состраданіе, милосердіе, воспитаніе и пр. Первообразъ такого отношенія есть любовь Бога къ своему творенію; высшимъ выраженіемъ его служитъ материнская любовь и врожденная каждому забота о дѣтяхъ и о всѣхъ нуж-

дающихся въ помощи. Безъ этой любви, безъ поддержки и содѣйствія болѣе сильныхъ, слабые не могутъ пріобрѣсти тѣхъ благъ, которыми обусловливается ихъ развитіе; поэтому въ помощи ближнему высказывается особенно ясно творчество любви.

Человѣку, далѣе, присуща потребность восполнить себя посредствомъ того, что̀ болѣе совершенно. На этомъ основывается преданность высшимъ, уваженіе, довѣріе, любовь дѣтей къ родителямъ и наконецъ, какъ первообразъ, благоговѣніе къ Богу, какъ источнику всякаго усовершенствованія и всей жизни. Способность подчиняться чужому руководству, ограничивать себя составляетъ условіе человѣческаго сознанія; патріотизмъ, преданность, доходящая до самопожертвованія, служатъ всегда источникомъ великихъ подвиговъ.

Наконецъ существуетъ взаимное притяженіе между одинаково-сильными и относительно-совершенными для восполненія другъ друга. Сюда относится чистое сочувствіе душъ, дружба, любовь мужчины къ женщинѣ и т. под.

Во всѣхъ основныхъ видахъ своихъ любовь служитъ выраженіемъ одного и того же начала — общечеловѣческаго, и возвышается по мѣрѣ приближенія къ этому идеалу. Она не исключаетъ никого, распространяется на враговъ, на людей ненавидящихъ насъ, такъ какъ всѣ они принадлежатъ къ человѣчеству. Точно также предметомъ любви становятся не отдѣльныя силы или стороны лица (напр. красота), а то, что̀ въ немъ есть общечеловѣческаго и что̀ составляетъ условіе нравственнаго достоинства. Такъ, истинной любви противурѣчитъ то чувство эгоистическаго удовольствія, которое доставляютъ намъ другія лица (Freundschaft des Angenehmen oder des Nützlichen. *Michelet*, I. 98). Она не-

однозначительна съ потворствомъ, которое состоитъ въ удовлетвореніи случайныхъ потребностей другаго, но должна имѣть въ виду усовершенствованіе. Такъ напр. воспитатель, изъ любви къ воспитаннику, дѣлаетъ не то, чего желаетъ ребенокъ въ данный моментъ своего развитія, а то, чего онъ пожелаетъ впослѣдствіи, сознательно. На этомъ основывается исправленіе другихъ, даже отнятіе у нихъ извѣстныхъ благъ изъ желанія имъ добра.

Die Liebenswürdigkeit ist vom Teufel, по энергическому выраженію Фихте. Аллинъ (стр. 162) называетъ потворство любовью въ тѣсномъ смыслѣ, въ отличіе отъ Wohlwollen. Любовь предполагаетъ сознательное отношеніе двухъ лицъ: человѣкъ не только сострадаетъ *съ* другимъ, но и *для* другаго (*Allihn*, 160); любить можно только то, что имѣетъ цѣль въ самомъ себѣ (*Fröbel*, I. 49); отрицаніемъ того, что̀ дурно, лицо спасается для общества (*Fichte*, I. 271).

IV. Изъ этихъ двухъ силъ, вызывающихъ и направляющихъ движеніе жизни, сила любви имѣетъ всеобщій характеръ, потому что всѣ призваны къ общенію; напротивъ трудъ, хотя по существу своему всеобщій, условливается энергіею и средствами отдѣльныхъ лицъ, такъ что владѣющіе этими средствами получаютъ большую возможность движенія. Обѣ силы дополняютъ одна другую: трудъ, поддерживающій отдѣльность, безъ любви могъ бы вести къ обособленію, точно такъ же какъ соединяющая сила любви лишена была бы дѣятельнаго приложенія безъ труда.

Съ другой стороны обѣ направляющія силы имѣютъ то общее свойство, что онѣ безпредѣльны въ своей энергіи и приложеніи, потому что движеніе не останавливается никогда и увеличивается постоянно. Никто не можетъ сказать о себѣ, что онъ вполнѣ достигъ идеала совершенства въ любви и трудѣ и укрѣпился противъ

опасности уклоненія отъ правды. Всѣ призваны поддерживать другъ друга въ движеніи и содѣйствовать нравственному усовершенствованію, какъ своему собственному, такъ и чужому. *Drobisch*, 84.

Конкурренція, будучи общею формою человѣческихъ стремленій, представляетъ собою отталкивающій моментъ въ отношеніяхъ между лицами. Отъ нея нельзя дойдти до общественности: высшее понятіе не можетъ быть объяснено низшимъ. Но только при организаціи, которая установляетъ порядокъ атомистическихъ силъ, можетъ лицо раскрыть себя. *Dühring*, 336, 340. Движеніе не есть совершившійся фактъ, оно продолжается безконечно.

V. Любовью и трудомъ поддерживается движеніе жизни, достиженіе каждымъ лицомъ общечеловѣческой цѣли усовершенствованія. Эта цѣль, какъ высшее благо, не зависитъ отъ случая, она имѣетъ характеръ необходимости, и практическою силою, охраняющею ее, служитъ справедливость въ обширномъ смыслѣ или правда.

Сопоставляя себя съ другими лицами, мы сознаемъ свою одинаковость съ ними, въ томъ смыслѣ, что для всѣхъ необходимо развитіе въ человѣческомъ общеніи, за всѣми признается возможность достигнуть совершенства. Поэтому первымъ выраженіемъ справедливости служитъ *равенство*, т. е. признаніе значенія или достоинства каждаго лица. Каковы бы ни были индивидуальныя свойства лица, оно призвано къ выраженію общечеловѣческаго, а потому отрицать его нравственное достоинство значитъ противурѣчить высшему закону жизни. Равенство выражается въ *безпристрастіи*, когда мы ставимъ всѣхъ людей въ одинаковое отношеніе къ общечеловѣческому и судимъ о нихъ только на основаніи этого отношенія.

Общее равенство поддерживается взаимностью, воздѣйствіемъ силъ и благъ и равновѣсіемъ между ними:

дѣятельность одной силы относительно другой вызываетъ возраженіе со стороны послѣдней, или возвращается на перваго дѣятеля. *Мой*, I. 30. Лицо получаетъ столько же, сколько отдаетъ само, то есть сколько само содѣйствуетъ движенію жизни или противурѣчитъ ему. Такимъ образомъ равенство требуетъ воздаянія (justitia correctiva v. commutativa); помощь, оказанная другому, необходимо должна вызвать благодарность, трудъ требуетъ вознагражденія и пр. Справедливость исправляетъ то несоотвѣтствіе, которое возникаетъ случайно; она требуетъ, чтобы производительность силы соотвѣтствовала ея энергіи; она удовлетворяется наказаніемъ или наградою, смотря по тому, что произведено лицомъ, и этимъ поддерживаетъ постоянно равную для всѣхъ зависимость.

Съ другой стороны справедливость охраняетъ также отдѣльность. Такъ какъ силы представляются неравными, то необходимо распредѣленіе благъ въ размѣрѣ энергіи и производительности каждаго лица. Этимъ обезпечиваются отдѣльныя усилія, личный трудъ. Соразмѣрность служитъ основаніемъ справедливости распредѣляющей (justitia distributiva).

По охраняющему значенію справедливости, Аристотель считаетъ ее высшею добродѣтелью, заключающею въ себѣ всѣ прочія. Римляне опредѣляли справедливость такъ: justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi (Ulpianus). Justitia est aequitas jus suum cuique tribuens pro dignitate cujusque (Cicero). Эти опредѣленія приняты многими юристами; они считаютъ справедливость производнымъ понятіемъ, источникъ котораго есть право. Justice is an emanation and not a fountain of law. *Austin*, I. 233. Гербартъ напротивъ идею воздаянія (Vergeltung) принимаетъ какъ особенную, отличную отъ права. Наконецъ нѣкоторые отказываются опредѣлять справедливость и ищутъ источникъ ея въ нравственномъ чувствѣ, въ божествен-

нымъ правосудіи (ср. *Gasne*, La justice. По мнѣнію Бокля justitia commutativa соотвѣтствуетъ ариѳметической пропорціи и относится къ юридическимъ обязанностямъ, j. distributiva прилагается къ нравственнымъ обязанностямъ. Болѣе точное опредѣленіе даетъ Амброзоли (p. 182): la giustizia consiste nella direzione, con cui la potenza personale determina le proprie forze vitali alla manifestazione della vita personale in modo analogo alla propria esistenza od interesse morale rappresentato dalla *conservazione* e *perfezionamento*. Фихте (I. 37, 65) останавливается на началѣ равенства. справедливость есть поставленіе другихъ равными себѣ. Баазенъ объясняетъ справедливость слѣдующимъ образомъ: мотивы, дѣйствующіе на характеръ, служатъ основаніемъ нравственной классификаціи лицъ. Эти мотивы могутъ быть представлены въ такомъ видѣ: 1) собственное благо; 2) чужое горе; 3) чужое благо; 4) собственное горе. Имъ соотвѣтствуютъ: 1) эгоизмъ, 2) злоба, 3) сострадание, 4) аскетизмъ. Справедливость есть стоящее въ покоѣ коромысло вѣсовъ, которое поддерживаетъ равновѣсіе между 1 и 3. *Bahnsen*. 53.

Такимъ образомъ въ справедливости заключается элементъ общаго и особеннаго. Она охраняетъ то равенство, которое прилагается ко всѣмъ лицамъ, какъ назначеннымъ къ движенію и совершенству; съ другой стороны въ ней отражается все разнообразіе личное, индивидуальность, особенность. Въ высшемъ своемъ выраженіи, какъ сила, охраняющая въ каждомъ человѣкѣ его человѣческое достоинство, справедливость называется правдою — justitia, Gerechtigkeit, justice — безусловное, олицетвореніе которой есть Богъ, Творецъ міра и вѣчная Любовь, завершающій бытіе всего земнаго послѣднимъ приговоромъ и воздающій каждому по его дѣламъ. Этотъ приговоръ вѣчной Правды не ограничивается отдѣльными лицами, но распространяется на цѣлые народы, и человѣческій судъ служитъ только слабымъ его отраженіемъ: онъ тѣмъ совершеннѣе, чѣмъ глубже вникаетъ въ индивидуальныя свойства лица, въ особенность его положенія.

Поэтому и право тѣмъ совершеннѣе, чѣмъ оно ближе касается особенностей: jus strictum и jus aequum. Правда въ дѣятельности есть то же, что̀ истина для мышленія; въ противуположность Правдѣ, кривда есть ложь, злоба, лѣность.

VI. Совокупность направляющихъ силъ труда, любви и справедливости образуетъ нравственную сторону жизни или нравственность въ общирномъ смыслѣ (Sittlichkeit). Опредѣляя движеніе жизни, эти силы составляютъ необходимое условіе развитія отдѣльныхъ лицъ и обществъ (цивилизаціи, культуры). Сознаніе о нихъ, объ ихъ руководящемъ значеніи образуетъ нравы (положительную нравственность), которые выражаются въ опредѣленномъ образѣ дѣйствій.

Въ этомъ смыслѣ нравы служатъ источникомъ обычаевъ и права. Mos ergo praecessit et cultus moris secutus est, quod est consuetudo (Macrobius). Нравственность составляютъ нормы, вытекающія изъ духовной природы человѣка; она проявляется въ чувствѣ и укрѣпляется сознаніемъ, и такъ какъ нравственное сознаніе врожденно человѣческой природѣ и обще всему человѣчеству, то общее требованіе нравственно-добраго называютъ общею волею (Гегель) или основною волею (Фихте), а его направленіе — практическими идеями. *Warnkönig*, Enc. 16.

Подъ понятіе о нравахъ подводится воззрѣніе какъ отдѣльныхъ лицъ, такъ и обществъ на ихъ взаимныя отношенія и на способъ пользованія благами жизни. Такъ, нравы не только опредѣляютъ непосредственное приложеніе руководящихъ силъ въ семейномъ быту, въ религіозныхъ обрядахъ, но они касаются формъ общественной жизни, хозяйственной дѣятельности, жилища, одежды, домоводства и проч. По этимъ выраженіямъ можно судить о томъ, на сколько данное общество достигло цивилизаціи, на сколько оно подчиняется руководству нравственности: мы говоримъ о добрыхъ нравахъ (boni mores) или объ упадкѣ общества, смотря по соотвѣт-

ствію его внѣшняго образа жизни съ началами любви, труда и справедливости. Роскошь, азартныя игры, непрочность семейныхъ связей, отсутствіе правосудія — все это служитъ признакомъ низкой степени культуры, въ какой бы историческій періодъ народной жизни ни замѣчались подобныя явленія. Нравы имѣютъ такой же всеобъемлющій характеръ, какъ и основа ихъ — нравственность; форма труда, выраженіе любви во всѣхъ ея видахъ, внѣшніе символы взаимнаго уваженія, обычай мести, какъ отраженіе взгляда на справедливость — все это входитъ въ область нравовъ.

Въ нѣмецкомъ языкѣ для обозначенія нравовъ употребляются слова *Sitte* и *Sittlichkeit*, хотя впрочемъ послѣднее означаетъ болѣе внутреннее настроеніе, а первое — внѣшній образъ жизни. Гегель подъ именемъ Sittlichkeit разумѣлъ тотъ моментъ направляющей силы, который спекулятивно стоитъ выше права и нравственности (Moral); по его воззрѣнію, нравы должны установиться единствомъ двухъ послѣднихъ силъ, и тамъ, гдѣ каждая изъ нихъ въ отдѣльности недостаточна, прилагается руководство нравовъ, напр. въ семействѣ. Историческая школа видитъ въ правахъ выраженіе объективнаго духа, а вмѣстѣ съ тѣмъ источникъ права. Другіе писатели ограничиваютъ понятіе о нравахъ внѣшнимъ образомъ жизни; такъ напр. Рошеръ и Арнольдъ принимаютъ слѣдующія отдѣльныя сферы народной жизни: языкъ, искусство, науку, *нравы*, хозяйство, право и государство. Шталь принимаетъ Sittlichkeit синонимомъ объективнаго этоса: это есть творческая сила нравственности во внѣшнемъ мірѣ. *Stahl*, II. 122. Wir nehmen Sittlichkeit, говоритъ Мишле (I. 286) als die mit dem gegenständlichen Inhalt erfüllte Moralität, als mit der Substanz gesättigte Reflexion.

VII. Въ нравахъ, какъ выраженіи направляющихъ силъ, отдѣльное лицо находитъ постоянно поддержку для своего развитія, и наоборотъ, среди всеобщаго упадка или разложенія нравовъ нужна особая энергія, чтобы не подчиниться зависимости отъ нихъ. Въ этомъ смыслѣ спра-

ведливо говорили древніе, что для нравственнаго воспитанія человѣка нужно сдѣлать его членомъ хорошаго общества: это лучшая школа, въ которой каждый изъ насъ остается всю свою жизнь. Мы замѣчаемъ постоянную зависимость отъ той среды, въ которой проведъ человѣкъ свою молодость; она сказывается въ понятіяхъ и привычкахъ сословныхъ (напр. страсть къ стяжанію, отсутствіе понятія о чести, приличія и пр.); оно отражается въ неопредѣленности характера при измѣняющихся вліяніяхъ, напр. у пограничныхъ жителей, у книгопродавцевъ, стоящихъ между умственною и промышленною дѣятельностью и т. п. Иногда въ нравахъ сосредоточивается все направленіе дѣятельности: отношенія международныя, сдѣлки между торгующими, семейныя права и обязанности могутъ служить этому примѣромъ.

Направляющее значеніе нравовъ усиливается особенно вслѣдствіе ихъ стойкости. Всѣ народы хранятъ нравы своихъ отцовъ, держатся крѣпко старыхъ преданій. Поэтому нравы измѣняются медленно, что доказывается статистикою преступленій и другими явленіями общественной жизни: господство и приложеніе направляющихъ силъ признается постепенно, путемъ усилій и сознанія многихъ лицъ, и нужно время, чтобъ это сознаніе перешло въ дѣйствительность.

Съ другой стороны зависимость отъ нравовъ не имѣетъ характера непреложнаго. Нравы могутъ уклоняться отъ направляющихъ силъ, перейти изъ области необходимаго въ область случайнаго, и слѣд. благо жизни можетъ быть оторвано отъ дѣйствительности. Отдѣльное лицо должно тогда употребить всю свою энергію, чтобы сохранить это благо въ себѣ, въ своемъ внутреннемъ настроеніи; при разложеніи нравовъ оно ищетъ опоры въ

своей личной нравственности. Точно также общественная власть должна возвратить нравы къ ихъ истинному, необходимому выраженію: право вступаетъ въ борьбу съ нравами, напр. издаются законы противъ роскоши, азартныхъ игръ, суевѣрій и пр. Это противурѣчіе между нравами съ одной стороны и личною нравственностью и правомъ съ другой, въ идеѣ своей немыслимое, существуетъ въ дѣйствительности. Борьба рѣшается высшими силами и цѣлями жизни. Такъ, иногда нравы видоизмѣняютъ право въ нравственномъ смыслѣ, напр. этимъ путемъ смягчалась въ древности строгая власть надъ рабами; иногда законодатель и судья находятъ въ нравахъ существующія уже вѣрованія, убѣжденія, признаніе направляющихъ силъ и слѣдуетъ имъ вполнѣ; наконецъ многія отношенія остаются исключительно подъ опредѣленіемъ правовъ, напр. правила приличія, обхожденія и проч.

Такимъ образомъ въ нравахъ мы замѣчаемъ двоякую сторону: фактическую, лишенную характера необходимости, и нравственную, зависимость отъ которой содѣйствуетъ развитію жизни. Первая измѣняется, можетъ представлять собою случайное отношеніе силъ; вторая вѣчна и непреложна. На ней основано не только вѣрованіе, но и дѣйствительное выраженіе постояннаго прогресса, цивилизаціи, господства нравственныхъ силъ.

ГЛАВА III.

Личная нравственность или внутренняя правда (моралъ).

Oudot, Conscience et science du devoir. 2 vols. Paris, 1856 — *Hartenstein*, Die Grundbegriffe der ethischen Wissenschaften. Leipz. 1844. — *Vorländer*, Die moralische Statistik und die sittliche Freiheit. Ztschr. f. Staatsw. 1866. — *Nahlowsky*, Die ethischen Ideen. Leipz. 1863. — *Snell*, Naturrecht. Bern. 1859. — *Jules Simon*, Le devoir. Par. 1857. — *Taparelli*, Corso elementare di naturale diritto. Napoli, 1857. — *Desjardins*, Les devoirs, essai sur la morale de Ciceron. Par. 1865. — *Bahnsen*, Beiträge zur Charakterologie. Leipz. 1867. — *Paley's* moral philosophy, by *Whately*. Lond. 1859. — *Fleming*, A manual of moral philosophy. Lond. 1867.

I. Направляющія силы труда, любви и справедливости получаютъ двоякое приложеніе: или онѣ становятся личными принципами дѣятельности, входятъ въ сознаніе каждаго лица, или же эти силы выражаются въ формѣ совершившихся фактовъ. Этимъ опредѣляется также двоякое подчиненіе правдѣ: внутреннее — когда направляющія силы проникаютъ все существо человѣка, переходятъ въ его убѣжденіе и составляютъ основу его характера, и внѣшнее — когда лицо прилагаетъ ихъ только къ единичной потребности, не приводя ея въ связь съ своимъ характеромъ, съ своимъ *я*.

Сознательное всецѣлое подчиненіе человѣка правдѣ, то есть труду, любви и справедливости, образуетъ личную

нравственность. Это есть полное, всестороннее признаніе необходимости, отрицаніе случайнаго въ приложеніи силъ и потребностей, осуществленіе блага или добра. На этомъ послѣднемъ основаніи нравственность называется *добродѣтелью*, то есть постояннымъ дѣятельнымъ приложеніемъ направляющихъ силъ.

II. Такъ какъ направленіе жизни основано на всестороннемъ усовершенствованіи человѣчества, то и нравственность имѣетъ характеръ всеобъемлющій. Она служитъ достояніемъ каждаго человѣка, способнаго къ сознательной дѣятельности, и прилагается ко всѣмъ его потребностямъ, по скольку онѣ подчиняются закону необходимости: нѣтъ ни одного выраженія человѣческой силы, которое стояло бы внѣ нравственности, — мысли, чувствованія, вся внутренняя дѣятельность лица подлежитъ ея опредѣленію. Чѣмъ шире лицо сознаетъ свои отношенія къ другимъ, тѣмъ чище его нравственность и наоборотъ; такъ напр. нравственность извѣстнаго класса (дворянства) есть только выраженіе его интересовъ, а не представляетъ собою общечеловѣческой нравственности. Какъ трудъ, любовь и справедливость имѣютъ характеръ всеобщій, такъ и нравственность обнимаетъ собою всякое движеніе каждой силы. Въ этомъ смыслѣ не существуетъ понятія о нравственно-безразличномъ: удовлетвореніе физіологическихъ потребностей имѣетъ также нравственное значеніе; истощеніе себя голодомъ, излишній сонъ, бездѣйствіе и т. п. противурѣчитъ движенію жизни.

Съ другой стороны нравственный приговоръ относится ко всему существу человѣка, а не къ извѣстному только его дѣйствію, не ограничивается единичнымъ выраженіемъ силы. Мы замѣчаемъ это въ судѣ присяжныхъ, который принимаетъ во вниманіе всю жизнь об-

виняемаго. Нравственный подвигъ, нравственная обязанность требуютъ полнаго участія лица, характеръ котораго выражается безраздѣльно въ его поступкахъ; нельзя быть добродѣтельнымъ въ удовлетвореніи одной потребности и безчестнымъ относительно другой. Справедливо говорятъ, что добрый членъ семьи есть добрый гражданинъ; кто уклоняется отъ исполненія одной обязанности, тотъ не исполняетъ и другой. Вотъ почему нравственность нераздѣльна, и отрицаніе ея въ какомъ либо дѣйствіи есть отрицаніе чести или нравственнаго достоинства въ себѣ и въ другихъ.

Добродѣтель удовлетворяетъ всю природу существа (Gesammtnatur). *Frauenstädt*. 37. Если благотворительность соединяется повидимому иногда въ одномъ и томъ же лицѣ съ отсутствіемъ честности, то это означаетъ только, что благотворительность вытекала не изъ чистаго источника. Такъ-называемая казуистика добродѣтелей есть не болѣе, какъ софизмъ. Добродѣтель въ сущности одна; она получаетъ различныя названія только въ приложеніи къ различнымъ потребностямъ. Chaque vertu, говоритъ Domat, est la pratique de quelque loi. Мишле выводитъ систему добродѣтелей изъ инстинктовъ. Въ естественномъ положеніи своемъ эти инстинкты неопредѣленны, они способны къ безконечному увеличенію и уменьшенію; разумъ указываетъ ихъ размѣръ, *средину*, *какъ добродѣтель*, такъ что съ той и другой стороны этой средины инстинктъ становится порокомъ. Отсюда добродѣтелей столько же, сколько инстинктовъ, а именно: инстинктъ исканія пріятнаго и избѣжанія непріятнаго даетъ мѣсто умѣренности и храбрости; изъ инстинкта владѣнія вытекаетъ щедрость: изъ инстинкта чести — честность и великодушіе; инстинкту гнѣва соотвѣтствуетъ благодушіе; инстинкту общенія — общительность; инстинкту права — справедливость; благоразуміе есть добродѣтель, руководящая инстинктомъ знанія; мудрость есть добродѣтель мышленія. — Обыкновенно моралисты принимаютъ четыре основныя (cardinales) добродѣтели: благоразуміе, справедливость, мужество и умѣренность. Банзенъ (стр. 51) признаетъ нѣсколько Auxiliartugenden, которыя могутъ прилагаться

къ хорошей и дурной цѣли; онѣ служатъ помощницами единственной Cardinaltugend, то есть любви. — Нравственная идея есть представленіе о согласіи или гармоніи всѣхъ духовныхъ силъ и стремленій въ ихъ единичномъ выраженіи. *Snell*, 14. — Въ преступленіи лицо наказывается не только за моментальное дѣйствіе, но за всю предшествовавшую жизнь, которою онъ лишилъ себя возможности самоопредѣленія. *Vorländer*, 494 (Ztschr. f. Staatsw. 1866).

III. Этою нераздѣльностью нравственности опредѣляется вся полнота *индивидуальности* каждаго. Нравственность коренится въ самомъ внутреннемъ сознаніи лица — въ его совѣсти. Хотя она требуетъ непремѣнно дѣятельнаго выраженія, однако дѣйствія только тогда имѣютъ нравственное значеніе, когда соотвѣтствуютъ намѣренію: нравственный приговоръ касается не того, что произведено лицомъ, а того, на сколько выразилось вовнѣ его внутреннее настроеніе; поэтому всякое безсознательное дѣйствіе, всякое добро, произведенное случайно, не имѣетъ нравственнаго достоинства. Точно также нравственное подчиненіе не можетъ быть перенесено на другаго: оно *не передаваемо*, неразрывно связано съ существомъ каждаго лица, призваннаго къ развитію, составляетъ его принадлежность. Общая цѣль развитія становится личною цѣлью каждаго.

Такимъ образомъ для нравственнаго дѣйствія необходимо, чтобъ оно вполнѣ и всецѣло выражало личность вытекало изъ внутренняго убѣжденія лица. Такое полное соотвѣтствіе между дѣйствіемъ и настроеніемъ называется *добросовѣстностью* или честностью. Мы говоримъ, что человѣкъ поступаетъ честно, когда онъ полагаетъ всѣ свои силы въ исполненіи принятаго на себя дѣла, предается ему всѣмъ существомъ своимъ и не допускаетъ раздвоенія между дѣйствіемъ и убѣжденіемъ.

Моралъ есть внутренняя честь лица; она основывается не на томъ, что человѣкъ достигаетъ своей цѣли, а на томъ, что цѣль, которой онъ достигаетъ, есть его собственная цѣль. *Frölel*, I. 63. Moralität voraussätzt, dass der Mensch allen Inhalt seines Thuns lediglich aus dem eigenen Geiste schöpfe. *Michelet*, II. 307

Фихте (I. 129) ставитъ условіемъ нравственности die volle Intensität der Gesinnung. Гербартъ называетъ добросовѣстность die innere Freiheit. — La vertue c'est le devoument. *Oudot*, II. 318. — Аллинъ (54, 56) отличаетъ нравственныя дѣйствія отъ простыхъ Thätigkeiten тѣмъ, что въ первыхъ выражается намѣреніе; сужденіе или приговоръ о намѣреніи можетъ исходить отъ другихъ лицъ или отъ самаго дѣйствующаго; совпаденіе того и другаго есть внутренняя свобода.

IV. Полнымъ соотвѣтствіемъ внутренняго убѣжденія лица съ его дѣйствіемъ опредѣляется нравственная отдѣльность (свобода), зависимость (отвѣтственность) и порядокъ.

Движеніе жизни, составляющее содержаніе нравственности, предполагаетъ необходимо самодѣятельность. Оно не было бы обезпечено, постоянно прерывалось бы, еслибъ подчиненіе направляющимъ силамъ поддерживалось только внѣшними средствами. Поэтому нравственность возможна только при свободѣ. Всякое дѣйствіе, которое не вытекаетъ изъ личнаго убѣжденія, а вынуждается внѣшнимъ образомъ, съ точки зрѣнія нравственности безразлично или противурѣчитъ ей. Наоборотъ, только свободный трудъ, невынужденная любовь и добровольно-оказываемая справедливость удовлетворяютъ требованіямъ добросовѣстности, потому что только при этомъ условіи выраженіе внѣшнее совпадаетъ съ личностью.

Въ нравственности выражается внутренній детерминизмъ, т. е. воля опредѣляется внутренними мотивами; и такъ какъ это суть мотивы человѣка, какъ лица, то и свобода есть личная свобода. *Drobisch*, 69. Свобода нравственная есть возможность самоопредѣленія по закону нравственному. *Snell*, 33; *Allihn*, 101. Свобода внутренняя есть сознаніе своей цѣли; ея пріобрѣтенія совершаются въ области чести. *Fröbel*, I. 87.

Свобода дѣйствующаго необходимо предполагаетъ также свободу того, кѣмъ дѣйствіе воспринимается. Поэтому нравственное развитіе можетъ совершаться только путемъ убѣжденія и самодѣятельности; поэтому также нельзя требовать, чтобы другіе непремѣнно воспользовались нашею помощью. Такъ напр. согласно съ нравственностью давать совѣты, но никто не можетъ требовать безусловнаго принятія ихъ, потому что при этомъ нарушалась бы свобода другихъ судить о достоинствѣ даннаго совѣта. Точно также нельзя принуждать ни къ подаянію, ни къ принятію милостыни; она оскорбительна для того, кто о ней не проситъ; предписанная благотворительность лишаетъ лицо свободнаго выраженія любви, слѣд. не даетъ возможности выразить его отдѣльность. *Ambrosoli*, 176.

Но отсутствіе внѣшняго или физическаго принужденія даетъ мѣсто принужденію внутреннему, сознанію зависимости отъ руководящихъ силъ, и слѣд. вызываетъ нравственную ответственность (долгъ). Свобода непремѣнно предполагаетъ ответственность, которая увеличивается въ размѣрѣ этой свободы и уничтожается только при полномъ отрицаніи ея. Такъ, мы говоримъ, что ответственность снимается, когда лицо обязуется безусловно исполнять то, что̀ ему будетъ приказано (напр. войско), или когда кто-либо, убѣдившись въ невозможности дѣйствовать добросовѣстно, отказывается отъ участія въ дѣлѣ.

Напр. при существованіи цензуры писатель предпочитаетъ не касаться многихъ вопросовъ; членъ корпораціи, лишенный возможности противудѣйствовать злоупотребленіямъ, освобождается отъ нравственной ответственности за нихъ; въ томъ и другомъ случаѣ бездѣйствіе оправдывается запрещеніемъ дѣйствовать честно. — Конечно, приказаніе безусловно снимаетъ ответственность лишь въ томъ случаѣ, когда оно исходитъ отъ такого лица, за

которымъ признается право приказывать. Пелей опредѣляетъ обязанность такъ: when a man is urged by a violent motive resulting from the command of another. *Paley*, 57. Уэтли (ib. 58) возражаетъ противъ этого, приводя въ примѣръ раба, которому дано повелѣніе наказывать другихъ рабовъ, и доказывая, что онъ не обязанъ дѣлать этого. — Рабство вообще безнравственно, но несомнѣнно то, что и въ приведенномъ примѣрѣ съ повинующагося раба снимается нравственная отвѣтственность.

Нравственная свобода, соединенная съ отвѣтственностью, составляетъ безусловный и неизмѣнный фактъ; она коренится во внутренней силѣ человѣка, недоступной никакому внѣшнему принужденію. Такою силою служитъ совѣсть, опредѣляющая нравственную зависимость лица или указывающая ему нравственныя обязанности. Совѣсть, conscientia, есть сила самоопредѣленія; въ ней выражается сознаніе лица о направляющихъ принципахъ жизни; по существу своему свободная и индивидуальная, она не зависитъ отъ случая или произвола (не должна быть заглушаема), а служитъ отраженіемъ практическихъ силъ дѣятельности; она есть regulans et regulata (*Fleming*, 153). При всеобъемлющемъ характерѣ нравственности, мы обращаемся постоянно къ своей и чужой совѣсти и въ ней находимъ возбужденіе къ труду, любви и справедливости; основываясь на совѣсти лица, мы судимъ объ его характерѣ, о всей его прошедшей жизни, укрѣплявшей или ослаблявшей въ немъ силу самоопредѣленія. Безсовѣстное служитъ синонимомъ безнравственнаго, поэтому совѣсть подчиняется тому же принципу необходимости, какъ и все нравственное бытіе человѣка.

Моралисты не согласны между собою въ мнѣніи о томъ, должно ли считать совѣсть или нравственное чувство самостоятельною способностью человѣка или она имѣетъ источникомъ разумъ. Отсюда двоякая теорія: 1) интуитивная или сентиментальная, по ко-

торой созерцаніе своихъ и чужихъ дѣйствій возбуждаетъ въ насъ извѣстное чувствованіе, опредѣляющее ихъ нравственное достоинство; нравственное чувство врожденно человѣку, безъ него самая религія не могла бы быть воспринята людьми и была бы для нихъ тѣмъ же, чѣмъ телескопъ для слѣпаго (*Whately*, 62). 2) По теоріи индуктивной или интеллектуальной, мы познаемъ прежде сущность дѣйствій и потомъ произносимъ приговоръ о нихъ. *Fleming*, 81—110. Въ этихъ различныхъ взглядахъ высказывается стремленія установить различіе между естественною и раціональною нравственностью. Ср. *Oudot*, I. 267 и слѣд.

По существу нравственной отдѣльности и зависимости, нравственный порядокъ состоитъ въ довольствѣ и душевномъ спокойствіи, которое испытываетъ каждый отъ свободнаго исполненія долга. Внутренняя гармонія и невозмущенная совѣсть есть удѣлъ честнаго человѣка, въ себѣ самомъ находящаго примиреніе, независимо отъ чужаго одобренія или порицанія. Свѣтлое настроеніе духа вопреки внѣшнимъ страданіямъ, ясный взоръ на все окружающее, успокоеніе въ себѣ самомъ служатъ выраженіемъ такого нравственнаго порядка, живительный примѣръ котораго представляютъ намъ высокіе подвижники вѣры и правды.

V. Содержаніемъ нравственности служитъ постоянное движеніе жизни или приложеніе ея направляющихъ силъ; и такъ какъ онѣ никогда не осуществляются вполнѣ въ совершившихся фактахъ, то нравственность имѣетъ содержаніемъ своимъ эти силы въ ихъ существѣ. Такъ, совѣсть предписываетъ каждому трудъ, любовь и справедливость, какъ цѣль жизни, какъ благо само въ себѣ, независимо отъ ближайшихъ послѣдствій ихъ приложенія. Поэтому нравственность требуетъ безпредѣльной преданности правдѣ и истинѣ жизни, ея направляющимъ силамъ, а также глубокой увѣренности въ ихъ творческомъ, созидающемъ значеніи. Трудиться для достиже-

нія истины, помогать другимъ въ стремленіи къ той же цѣли, ограждать истину отъ нарушенія — таковы основныя положенія нравственности. Такимъ образомъ она предполагаетъ необходимо участіе лица въ раскрытіи правды: la verité, toute la verité, rien que la verité; она требуетъ дѣятельной любви къ человѣку, облегченія чужаго страданія, содѣйствія чужому благосостоянію, благодарности, дружескаго участія, прощенія и снисхожденія; она не ограничивается воздержаніемъ отъ лжи, но требуетъ правдивости въ словахъ и вѣрности данному обѣщанію. Этимъ опредѣляется двоякая сторона содержанія нравственности: формальная, состоящая въ добросовѣстности намѣренія, и матеріяльная, требующая дѣйствій, осуществляющихъ направляющія силы; при недостаткѣ одной изъ этихъ сторонъ не исчерпывается вся полнота содержанія нравственности. Такъ напр. добросовѣстное но невѣрное показаніе свидѣтеля, честная преданность ложному убѣжденію, добросовѣстное но незаконное владѣніе удовлетворяютъ только формальной сторонѣ нравственности; напротивъ помощь бѣднымъ, не соединенная съ чувствомъ любви къ ближнему, согласна только съ матеріяльною стороною нравственности. Въ томъ и другомъ случаѣ нѣтъ вполнѣ-нравственнаго дѣйствія: или правда жизни остается неосуществленною, или ея выраженіе совершается безъ участія лица.

Нравственное дѣйствіе исполняется ради самаго себя. Das Sittliche um sein selbst begehrt wird, das Wahre bejaht, das Schöne geschätzt. *Glaser*, 33. Ср. *Drobisch*, 68; *Frauenstädt*, 127. — Моралисты различаютъ фактическую истину и нравственную: нравственно правдивъ тотъ, кто добросовѣстно говоритъ о видѣнномъ, какъ оно ему показалось. — Формальная нравственность, говоритъ Фрауенштедтъ (стр. 77), имѣетъ цѣлью любовь, матеріяльная вызываетъ дѣйствія, согласныя съ этою цѣлью. Кантъ называетъ матеріяльную нравственность Legalität, а формальную Moralität.

Флемингъ (стр. 4) объясняетъ различіе между ними такъ: матеріяльно справедливо (нравственно) то, что́ согласно съ закономъ нравственнымъ, независимо отъ цѣли и намѣренія дѣйствующаго; формальная справедливость имѣетъ мѣсто тогда, когда намѣреніе и цѣль нравственны и дѣйствіе не противурѣчитъ матеріяльной справедливости; напр. если кто-либо изъ человѣколюбія даетъ хотя лепту въ пользу бѣдныхъ. Утилитарная теорія останавливается на одной матеріяльной сторонѣ нравственности: одни считаютъ мѣриломъ ея счастіе (Дж. Ст. Милль, Аустинъ), другіе же увеличеніе средствъ и силъ жизни; это la morale d'utilité: такъ напр. самоубійство можетъ быть счастіемъ для лица, но оно всегда безнравственно.. Ср. *Courcelle-Seneuil*, Journ. des Econ. 1865.

VI. Изъ сказаннаго видна тѣсная связь нравственности съ религіею, какъ съ ея источникомъ: вѣра и мысль о Богѣ постоянно укрѣпляютъ въ человѣкѣ нравственныя убѣжденія, а страхъ Божій есть та принуждающая сила, которая прежде всего и глубже всего дѣйствуетъ на личную волю. Такъ какъ правда олицетворяется въ своемъ источникѣ, то нравственность есть подчиненіе волѣ Божіей; усовершенствованіе есть конечная цѣль, указанная человѣку Творцомъ, а потому въ союзѣ съ идеаломъ совершенства человѣкъ поддерживаетъ и обновляетъ эту цѣль въ самомъ себѣ; онъ почерпаетъ въ религіи оживляющую силу для борьбы съ своими страстями, освобождается отъ нихъ, укрѣпляетъ и очищаетъ свою волю. Ученіе Христа заключаетъ въ себѣ высшія правила нравственности личной, и основанное на немъ религіозно-нравственное воспитаніе служитъ лучшимъ залогомъ того порядка, въ которомъ каждая потребность очищается и всѣ силы дѣйствуютъ сообразно своему назначенію. Въ христіянствѣ заключена Истина, освобождающая всѣхъ, и Жизнь, которая должна быть осуществленіемъ правды и подчиняться ея господству (царство Божіе).

Virtue is doing good to mankind, in obedience to the will of God and for the sake of overlasting happiness. *Paley*, 43. — Erst durch das Dasein Gottes erhält die menschliche Freiheit ihre innere Bestimmung. *Puchta*, 7. Объ отношеніи религіи къ нравственности см. *Allihn* 219; *Fleming*, 322. — «Мысль находитъ въ богопостиженіи свой глубочайшій и священнѣйшій предметъ. Для сознательнаго развитія жизни человѣческой не довольно однихъ природныхъ элементовъ. Гдѣ нравственная дѣятельность развивается безъ соотношенія съ божественнымъ, мы видимъ только искусственные характеры и по большей части уродства. Человѣкъ долженъ что-нибудь боготворить, коль скоро онъ стремится быть нравственнымъ, — боготворить по крайней мѣрѣ «свой высокій долгъ», за неимѣніемъ другаго Бога.» Логическія изслѣд. *Тренделенбурга*, пер. Корша, I. 93. — Такъ какъ Богъ желаетъ счастья людей, то нравственно все, что содѣйствуетъ счастью; отсюда правда есть польза. I take it for general utility darkly conceived and expressed. *Austin*, I. 279. — Большинство писателей основываютъ нравственность исключительно на любви. L'amour des êtres à qui doit profiter l'accomplissement de notre devoir. *Oudot*, I. 225. Въ словѣ «нравственность» выражается то же понятіе: что намъ нравится, что мы любимъ. Болѣе точно выраженіе жить по правдѣ, honeste vivere, то есть жить честно.

VII. Нравственность и религія, какъ указаніе ея идеала, опредѣляютъ характеръ и общее направленіе нравовъ и служатъ великими цивилизующими силами. Христіянство всегда смягчало и очищало грубость и испорченность народныхъ нравовъ; молитва и общественное богослуженіе поддерживаютъ личную нравственность, по скольку заставляютъ человѣка углубляться въ самого себя, собираютъ его силы и охраняютъ отъ односторонности измѣнчивыхъ искусственныхъ потребностей, возбуждаютъ заглохнувшее чувство правды. Примѣръ, окружающая среда дѣйствуютъ особенно впечатлительно на человѣка; мы ищемъ общества людей, болѣе насъ сильныхъ по своему умственному развитію и нравственно-

му характеру; въ ихъ жизни и дѣятельности мы находимъ образецъ для подражанія, осуществленіе правды на землѣ; но если нѣтъ живыхъ образцовъ, мы обращаемся къ вѣчнымъ глаголамъ правды и жизни, къ тѣмъ высокимъ произведеніямъ мысли и искусства, которыя служатъ источниками нравственнаго возбужденія многихъ поколѣній. Не приходя въ уныніе отъ жизненной кривды, каждый обязанъ хранить въ себѣ «правды пламень благородный», указывающій путь жизни среди всеобщаго колебанія и вносить свѣтъ истины въ призраки и смуту, которыя временно овладѣваютъ умами. Въ этомъ состоитъ честный трудъ и честная любовь. Личная нравственность требуетъ нравственныхъ дѣлъ. Она не удовлетворяется сознаніемъ и сочувствіемъ; необходима крѣпкая воля, постоянная готовность служить правдѣ, доказывать на дѣлѣ свою преданность ей, не смущаясь никакими посторонними соображеніями и цѣлями. Правда восторжествуетъ несомнѣнно; но нравственный долгъ требуетъ отъ насъ, чтобъ это торжество не совершилось безъ насъ, чтобы мы были участниками въ немъ и не упускали случая послужить словомъ и дѣломъ той великой идеѣ, къ осуществленію которой призвано все человѣчество. Только о томъ, кто воспиталъ въ себѣ такую способность дѣятельнаго исполненія долга, можно сказать, что онъ образовалъ въ себѣ нравственный характеръ.

ГЛАВА IV.

Право и его область.

• Law considered as a formal system. *Law Magazine* 1865, № 38 and 39. — *A. Trendelenburg*, Naturrecht auf dem Grunde der Ethik. Leipz. 1860. — *Eschbach*, Introduction à l'etude du droit. Par. 1856. — *F. Walter*, Naturrecht und Politik. Bonn, 1863. — *Falck*, Jurstische Encyklopädie. 3-te Ausg. Leipzig. 1851. — *Chalybaeus*, System der speculativen Ethik. 2 B-de. Leipz. 1850. — *Ihering*, Geist des römischen Rechts. Bd. I и II. 1. Leipz. 1866. II. 2. 1858, III. 1. 1865. — *Arnold*, Cultur und Rechtsleben. Berl. 1865. — *Bluhme*, Encyclopaedie der in Deutschland geltenden Rechte. 3-te Ausg. I. Bonn, 1863. — *Derome*, Introd. à un commentaire du Code Napol. Revue crit. de législ. 1865. — Fondamenti della Filosofia del diritto, lettere di *Mamiani* e *Mancini*. Torino 1853. — *Jireček*, Das Recht in Böhmen und Mähren Prag; 1865—6.

I. Трудъ и любовь, служащія основою нравственности, никогда не могутъ быть выражены вполнѣ; но движеніе жизни, вызываемое ими, обозначается въ извѣстныхъ моментахъ или совершившихся фактахъ, опредѣленныхъ въ своей формѣ и въ своемъ содержаніи.

Такъ, прежде всего приложеніе нравственныхъ силъ имѣетъ своимъ послѣдствіемъ блага, какъ средства удовлетворенія этихъ силъ или потребностей и дальнѣйшаго движенія жизни: матеріальныя и духовныя блага (образованіе), пріобрѣтенныя трудомъ, становятся орудіемъ новыхъ пріобрѣтеній; попеченіе и забота о другихъ, какъ

выраженіе любви, дѣлаетъ возможнымъ ихъ дальнѣйшее развитіе; взаимныя услуги и раздѣленіе труда увеличиваютъ сумму того, что̀ производится и проч.

При такомъ значеніи благъ для движенія жизни, необходимо охранить ихъ отъ произвола и случая; безъ этого охраненія самыя направляющія силы теряютъ свою энергію: при невознагражденномъ трудѣ, при отсутствіи самодѣятельности и нравственной отвѣтственности, при невозможности участвовать въ развитіи общества ослабляется сила труда и любви; напротивъ охраненіе каждому того, что̀ произведено энергіею его нравственныхъ силъ, возбуждаетъ къ новымъ пріобрѣтеніямъ.

Отсюда открывается необходимость такой силы, которая охраняла бы блага, какъ выраженія и средства нравственной жизни.

Эта сила получаетъ различный характеръ, смотря по тому, опредѣляетъ ли она непосредственное отношеніе лица къ благу, или же въ охраненіи привходитъ дѣятельность другихъ лицъ.

Каждое лицо охраняетъ средства своего развитія непосредственно не только физическою, но и нравственною силою: въ немъ самомъ, въ его индивидуальномъ характерѣ заключается обезпеченіе благъ отъ вліянія случая. Такое значеніе имѣетъ предусмотрительность, бережливость, умѣренность, степень и форма которыхъ зависятъ исключительно отъ личныхъ свойствъ каждаго, а потому входятъ въ область личной нравственности. Охраненіе своего, основанное на инстинктѣ самозащищенія, получаетъ нравственный смыслъ, когда имѣетъ въ виду движеніе жизни, когда охраняемыя блага служатъ средствомъ для труда и любви. Это непосредственное охраненіе благъ можно назвать самообороною въ обширномъ смыслѣ: оно выражается въ физическомъ и

нравственномъ противудѣйствіи всему, что̀ лишаетъ средствъ развитія. Главнымъ образомъ самоохраненіе находится въ зависимости отъ нравственной энергіи лица (напр. охраненіе здоровья, обезпеченіе противъ разнаго рода случайностей жизни); но иногда оно выступаетъ въ формѣ физическаго противудѣйствія природѣ и всякой элементарной силѣ. Оно признается въ каждомъ обществѣ, предоставляющемъ лицу охранять свою непосредственную связь съ благомъ, напр. свободно распоряжаться собственностью, принимать мѣры для ея увеличенія, стараться о выгодномъ договорѣ, оберегать жизнь и пр.

Другая форма охраненія есть посредственная: блага обезпечиваются лицамъ въ ихъ взаимныхъ отношеніяхъ, такъ что дѣятельность каждаго находится въ зависимости отъ охраняемыхъ благъ и въ этой дѣятельности или чрезъ ея посредство достигается неприкосновенность лица и его благъ.

Та направляющая сила дѣятельности, которая охраняетъ блага во взаимныхъ отношеніяхъ между лицами, есть право.

Кромѣ самозащищенія въ тѣсномъ смыслѣ, можно привести много примѣровъ тому, что общество признаетъ самооборону; такъ, воровство со взломомъ наказывается строже между прочимъ и потому, что со стороны собственника были приняты мѣры къ охраненію имущества; бережливость, забота о средствахъ жизни ставится въ заслугу, а расточительность не одобряется. Но въ большей части случаевъ лицо отвѣчаетъ передъ самимъ собою за недостатокъ самообороны, а потому вопросъ стоитъ внѣ области права.

II. Изъ этого понятія о правѣ вытекаютъ основныя отличительныя его свойства.

Предоставляя каждому лицу самодѣятельность въ пріобрѣтеніи и охраненіи благъ, право выступаетъ только

тамъ, гдѣ существуютъ отношенія между лицами (физическими и юридическими). Поэтому право разрѣшаетъ всегда вопросъ о томъ, въ какой мѣрѣ существуетъ отдѣльность и зависимость лица относительно другихъ лицъ, въ какой мѣрѣ та и другая необходима для охраненія благъ. Такъ напримѣръ, право собственности не касается непосредственнаго воздѣйствія лица на имущество, а опредѣляетъ отношеніе собственника къ другимъ лицамъ; политическія права суть нормы отношеній между лицомъ и государствомъ. Наоборотъ, всякій разъ, когда возникаетъ вопросъ объ отдѣльности и зависимости одного лица отъ другаго, необходимо опредѣленіе права; такъ напр. мы говоримъ о полицейскомъ правѣ, по скольку полицейская власть приходитъ въ столкновеніе съ личною отдѣльностью и проч.

При всемъ своемъ разнообразіи, жизненныя отношенія возникаютъ не случайно, а вслѣдствіе присущихъ человѣку потребностей; въ этихъ отношеніяхъ совершается движеніе жизни, а потому они должны быть охраняемы. Право отдѣляетъ въ нихъ случайное отъ необходимаго и направляетъ дѣятельность человѣка къ признанію тѣхъ основныхъ формъ, которыя составляютъ условіе достиженія благъ. Такой характеръ имѣютъ договоры, семейство, государство; въ этихъ непреложныхъ формахъ человѣческаго общенія созидаются блага, а потому право должно охранять ихъ отъ случайности.

Движеніе, совершающееся подъ этими формами, вызывается силами труда и любви. Право ограничивается охраненіемъ движущихъ силъ въ ихъ внѣшнемъ выраженіи. Такъ, оно не касается энергіи труда, но обезпечиваетъ собственность; оно не требуетъ любви, но охраняетъ ея выраженіе въ бракѣ; вообще право установляетъ степень зависимости и отдѣльности между ли-

цами, при которой возможно приложеніе движущихъ силъ, но не опредѣляетъ ихъ сущности. Поэтому оно не прилагается тамъ, гдѣ вопросъ идетъ исключительно о движеніи жизни; напр. воспитаніе, исправленіе не могутъ подлежать опредѣленію права, а входятъ въ область нравственности.

Охраняя приложеніе нравственныхъ силъ, право касается непосредственно человѣческихъ дѣйствій: блага охраняются противъ внѣшняго выраженія человѣческихъ силъ. Значеніе этихъ дѣйствій опредѣляется отношеніемъ ихъ къ благамъ, ихъ созидающимъ или разрушительнымъ характерамъ. Поэтому блага составляютъ конечную цѣль, а дѣйствія служатъ ближайшимъ предметомъ или содержаніемъ права: the ultimate object of law being enjoyment but immediate object—action (*Law Mag.* 254). Такъ напр. собственность основывается на необходимости имущества для развитія лица, но право не опредѣляетъ этого развитія, а запрещаетъ дѣйствія, нарушающія отдѣльность собственника; въ семействѣ осуществляются многостороннія блага, но право охраняетъ только его формальное выраженіе въ бракѣ, въ родительской власти и проч. Дѣятельность обезпечена каждому лицу тѣмъ, что другія лица не нарушатъ опредѣленныхъ предѣловъ ея выраженія и слѣд. формою этой дѣятельности охраняется благо.

Цѣлью права или формальнаго опредѣленія дѣятельности служитъ достиженіе средствъ для развитія человѣка; и такъ какъ высшее благо жизни есть сама жизнь, то она составляетъ высшую, конечную цѣль права. Чѣмъ болѣе дѣйствія отдѣльныхъ лицъ соотвѣтствуютъ этой цѣли, тѣмъ полнѣе выражаютъ они правду; достиженіе ея есть идеалъ, къ которому всѣ должны стремиться. Но въ дѣйствительности человѣкъ достигаетъ только бли-

жайшей цѣли; онъ понимаетъ благо въ смыслѣ личнаго интереса, то есть самъ избираетъ средства для удовлетворенія своимъ потребностямъ. Такое личное пониманіе можетъ находиться въ случайномъ отношеніи къ высшему благу, то есть къ жизни, а потому право не охраняетъ его безусловно. Оно возводитъ личные интересы къ болѣе общему выраженію: существуетъ понятіе о томъ, что̀ составляетъ интересъ для каждаго лица; такъ, мы говоримъ, что всѣ дорожатъ своими убѣжденіями, честью, свободою; матеріяльныя блага подводятся подъ общее мѣрило (aes-timare). Оба понятія — о личныхъ интересахъ и о благахъ — не всегда совпадаютъ: то, что̀ имѣетъ общую цѣнность, можетъ не представлять никакого интереса для извѣстнаго лица (честь для безнравственнаго человѣка, книга для неграмотнаго), напротивъ личный интересъ выражается иногда въ отказѣ отъ блага (дареніе имущества, пожертвованіе жизнью). Не уничтожая творческой силы лица, право охраняетъ однако только тѣ общіе интересы, непосредственная связь которыхъ съ жизнью сознается ясно, и противудѣйствуетъ только тѣмъ личнымъ стремленіямъ, которыя дѣйствуютъ на жизнь разрушительно: оно запрещаетъ самоубійство, развратъ, членовредительство и проч. Поддержаніе и охраненіе жизни служитъ критеріумомъ для обобщенія благъ, и право тѣмъ совершеннѣе, чѣмъ вѣрнѣе оно достигаетъ своей конечной цѣли.

Творчество личныхъ интересовъ и ихъ обобщеніе установляютъ принципъ или основное начало права. Обобщая блага, право охраняетъ ихъ одинаково для всѣхъ: равенство есть необходимое условіе права и отсутствіе равенства служитъ синонимомъ неправа. Охраняющая сила дѣйствуетъ на всѣхъ одинаково, потому что всѣ призваны къ жизни. Но сумма охраняемыхъ благъ за-

виситъ отъ энергіи и производительности силъ каждаго лица или отъ его дѣйствительнаго участія въ движеніи жизни; поэтому право должно основываться на соразмѣрности или справедливости: suum cuique. Только справедливость даетъ праву характеръ нравственной направляющей силы и возвышаетъ его надъ условными и формальными опредѣленіями; въ своей идеѣ право есть нечто иное, какъ справедливость въ приложеніи къ жизненнымъ отношеніямъ.

Пухта (Inst. 1. 80) выражаетъ принципъ права такъ: die Gleichheit durch Beherrschung der Ungleichheit.

III. Соединяя всѣ указанныя стороны права, можно вывести слѣдующее опредѣленіе его: это есть нравственная сила, охраняющая тѣ отношенія между лицами, въ которыхъ осуществляются блага жизни. Въ каждомъ положеніи лица право опредѣляетъ его отдѣльность и зависимость въ той мѣрѣ, въ какой этого требуетъ развитіе жизни; въ этомъ смыслѣ оно служитъ выраженіемъ жизненной правды. Указывая необходимыя формы человѣческой дѣятельности, право, подобно личной нравственности, служитъ руководящею силою жизни и образуетъ нравы.

Въ первоначальномъ сознаніи народовъ или въ ихъ языкѣ болѣе или менѣе ясно выражается понятіе о правѣ, какъ о направленіи и о нравственной силѣ. Санскритское yôs, зендское yaos означаютъ порядокъ, соединеніе; отсюда производятъ латинскія слова jus, jungere, jugum, jumentum, jubere, jurare. Сами Римляне указывали преимущественно на нравственный элементъ права. Juri operam daturum, говоритъ Ульпіанъ, prius nosse oportet, unde juris nomen descendat. Est autem a justitia appellatum, nam, ut eleganter Celsius definit, ius est ars boni et aequi. Вико производитъ jus отъ Zeus; право смѣшивалось съ религіею и только впослѣдствіи jus отдѣлилось отъ fas, хотя въ немъ и сохранилось нравственное учрежденіе цензуры. *Jhering*, II. 49. У Грековъ право было си-

понимомъ справедливости: dikaion имѣетъ корнемъ dik—показывать (отсюда dicere, digitus); nomos происходитъ отъ nemein — распредѣлять. — Въ языкахъ новыхъ народовъ въ словѣ право выражается понятіе о направленіи, основанномъ на справедливости. Такъ, juste, just обозначаютъ то, что соотвѣтствуетъ justitia, justice. Recht, droit, Regt, right, diritto, derecho, direito происходятъ отъ dirigo и rectum; одного корня съ ними rego, rex, regula. Французское слово droit означаетъ прямую, кратчайшую и непроизвольную линію: via recta, via brevior. Отсюда regle — правило и линейка, идущая по прямой линіи; delit — уклоненіе отъ этой линіи; correction — возвращеніе къ ней. Филологически droit происходитъ отъ directum, drictum, droict. Ср. *Ortolan*, Dr. penal, 1. *Eschbach*, 6. Нѣмецкое Recht, одни производятъ отъ Rache (Рёдингеръ), другіе отъ richten (Роттекъ), третьи отъ brechen: gebrochener Friede (Арнольдъ); по словамъ Фалька (стр. 11), Recht употребляется для обозначенія только тѣхъ государственныхъ предписаній, которыя прилагаются въ судахъ, въ отличіе отъ администраціи: jurisprudentia judiciaria въ отличіе отъ senatoria; richten или gleichen соотвѣтствуетъ латинскому aequare, и Recht есть синонимъ Urtheil (*Pütter*, Inbegriff, 10). Въ англійскомъ простонародномъ языкѣ right означаетъ и право и обязанность. *Austin*, II. 78. Италіянцы, какъ замѣчаетъ Вико, вмѣсто diritto употребляютъ ragion, напр. ragion civile. У Славянъ право и правда одного корня; Сперанскій производитъ право отъ править; но самое слово править, направлять происходитъ отъ правды: право править; правая рука есть та, которая по преимуществу исполняетъ нравственную обязанность труда; правая сторона означаетъ въ процессѣ то лицо, которое основывается на правдѣ, а также значитъ всякое направленіе направо, къ правой рукѣ. У западныхъ Славянъ также законъ и правда синонимы: жить по закону, по закону правда. Законъ, отъ kon-ati, т. е. рѣшать, довести до конца; одного корня слово князь. *Jireček*. I. 40.

IV. Направляя человѣческую дѣятельность, право можетъ прилагаться ко всѣмъ жизненнымъ отношеніямъ, въ которыхъ блага требуютъ охраненія; слѣд. въ область права, разсматриваемую отвлеченно, входитъ всякое внѣшнее выраженіе человѣческой силы или потребности.

Инстинктъ права, говоритъ Мишле (II. 88), отличается отъ прочихъ тѣмъ, что каждый изъ нихъ относится къ извѣстной сторонѣ блага, право же есть общая возможность удовлетворенія для всѣхъ. — Неюридическое есть только чисто внутреннее. *Trendelenburg*, 76. — Для области права in abstracto не существуетъ никакихъ границъ. Опытъ показываетъ, что иногда большее, иногда меньшее количество дѣйствій опредѣляется юридическими предписаніями и выводится изъ-подъ произвола частныхъ лицъ. *Falck*, 8. Право можетъ опредѣлять одежду, пищу, даже сонъ и образъ жизни; напр. при осадномъ положеніи запрещается ходить по улицамъ позже опредѣленнаго часа, военнымъ предписывается носить извѣстную одежду, часовому запрещается спать и проч.

Но это отвлеченное понятіе измѣняется въ своемъ приложеніи: не всѣ отношенія между лицами возводятся на степень юридическихъ. Право вступаетъ съ своимъ опредѣленіемъ только тамъ, гдѣ охраняемыя имъ блага признаны какъ таковыя и гдѣ охраненіе даетъ возможность выразиться созидающей силѣ жизни. Поэтому изъ области права изъемлются всѣ тѣ отношенія, которыя не имѣютъ характера совершившагося факта, всѣ тѣ силы, для которыхъ борьба и постоянное движеніе составляютъ необходимое условіе. Такова напр. борьба научныхъ истинъ и мнѣній, по скольку она не выходитъ изъ своей сферы и не касается признанныхъ благъ жизни; вѣротерпимость, свобода совѣсти и убѣжденій, критика чужихъ мнѣній не могутъ считаться правами — онѣ стоятъ внѣ юридической области. Точно также не подчиняются праву тѣ отношенія, которыя охраняются самою жизнью или остаются безразличными для ея нравственнаго движенія; таковы правила приличія, удовлетвореніе физіологическихъ потребностей, способъ труда, хозяйства и т. п. Только въ тѣхъ случаяхъ, когда эти силы приходятъ въ столкновеніе съ признанными благами, право опредѣляетъ ихъ внѣшнее вы-

раженіе; такъ напр. если религіозныя убѣжденія коснутся семейства (мормоны) или политической формы, если правила приличія вызовутъ дуэли, привычки окажутся вредными для здоровья, увеселенія получатъ безнравственный характеръ, слово будетъ направлено противъ порядка и собственности и пр., — право должно охранять правильное движеніе жизни. Въ дѣйствительности мы видимъ, что́ между областью права и областью фактовъ происходитъ постоянный обмѣнъ: нерѣдко отношенія фактическія становятся юридическими и наоборотъ; право должно охранять только то, что́ необходи́мо для движенія. Наконецъ въ юридическую область могутъ входить только тѣ блага, которыя подлежатъ точному опредѣленію, и только дѣйствія, которыя способны къ логическому обобщенію.

На этой опредѣленности юридической области основывается правило: всякое дѣйствіе, которое юридически не запрещено, считается юридически дозволеннымъ. Quae lex non vetat — permittit. Nulla poena sine lege. Qui tacet consentire videtur. Дозволяемое правомъ выводится изъ его области и подчиняется руководству нравственности или остается на степени факта.

На томъ же основаніи всякое дѣйствіе, входящее въ юридическую область разсматривается только въ своихъ непосредственныхъ причинахъ и слѣдствіяхъ, повторяющихся одинаково и неизмѣнно; напр. юридической оцѣнкѣ подлежитъ только ближайшее намѣреніе, прямые убытки и проч.

Вопросъ о размѣрѣ юридическаго охраненія возникаетъ постоянно, когда дѣло идетъ объ оскорбленіи чести или о печати. Едва ли возможно абстрактное опредѣленіе области права. Бэконъ опредѣлялъ эту область такъ: Neque tamen jus publicum ad hoc tantum spectat ut addatur tanquam custos juri privato, ne illud violetur at-

que cessent injuriae; sed extenditur etiam ad religionem et arma et disciplinam et ornamenta et opes, denique ad omnia circa bene esse civitatis. Писатели, пытавшіеся формулировать область права, въ сущности опредѣляли только область извѣстнаго рода юридическихъ отношеній, напр. гражданскихъ. *Вальтеръ* (Naturrecht, 75) говоритъ: отношеніе между лицами есть юридическое только тогда и на столько, на сколько возможно въ немъ или принужденіе къ непосредственному исполненію, или суррогатъ въ деньгахъ, или наказаніе за нарушеніе. Гдѣ нельзя приложить ни одного изъ этихъ мѣрилъ, тамъ отношеніе не принадлежитъ къ области права. — Блуме еще болѣе съуживаетъ эту область: господство права, говоритъ онъ, непосредственно касается людей, посредственно предметовъ, находящихся на землѣ и подчиняющихся физической силѣ человѣка. *Bluhme*, I. 5. Фалькъ напротивъ расширяетъ область права; по его мнѣнію, — право охраняетъ не только тѣ правила, которыя необходимы для поддержанія порядка и мира, но также страхъ Божій и добрые нравы, и не только какъ условія юридическаго порядка, но и ради ихъ самихъ. *Falck*, 7. — Was *begrifflich* einst ist, sich auch bei seinem aüssern Auftreten in concreter Gestalt als solches erweisen muss. *Jhering*, III. 128.

V. Какъ скоро дѣйствіе входитъ въ область права, оно получаетъ въ ней особое значеніе и соединяется съ извѣстными послѣдствіями. Весьма многія дѣйствія, одинаковыя по формѣ, имѣютъ и юридическій и неюридическій характеръ; таковы напр. причиненіе вреда, пропущеніе срока, пріобрѣтеніе и пр.; они относятся къ области права лишь тогда, когда признается ихъ внѣшняя необходимость или обязательность для охраненія жизни. Право даетъ опредѣленное выраженіе сознанію о взаимныхъ отношеніяхъ между лицами и о благахъ, ставитъ его въ независимость отъ личныхъ убѣжденій (никто не можетъ извиняться незнаніемъ закона), такъ что каждый можетъ требовать отъ другаго дѣйствій, согласныхъ съ такимъ сознаніемъ. *Glaser*, 41. Указывая на внутреннюю правду, какъ на идеалъ, право ограни-

чивается внѣшнимъ подчиненіемъ своей направляющей силѣ, которое для всѣхъ одинаково. Всѣ юридическія дѣйствія поэтому равно совершенны въ своей опредѣленности и могутъ быть вынуждены; напротивъ все, что̀ имѣетъ различныя градаціи своего исполненія и къ чему нельзя принудить (вѣрованія) выходитъ изъ области права.

Cogitationis poenam nemo patitur. A domino deo poenas perjurii sustinebunt (Nov. 82). Изъ области права изъяты мысли и убѣжденія, преимущественно же отношенія человѣка къ Богу. Но многія отношенія между людьми также не подлежатъ опредѣленію права: вмѣшательство судьи только извратило бы напр. чистоту отношеній супруговъ, дѣтей къ родителямъ, и другихъ, опредѣляемыхъ по началу любви. *Bluhme*, 5. На этомъ же основаніи не могутъ имѣть юридическаго характера религіозныя войны и революціи, такъ какъ въ нихъ придается принудительная сила убѣжденіямъ. Такъ называемая тайная полиція повсюду возбуждала негодованіе не потому, что она тайная, а потому, что она преслѣдовала мнѣнія политическія и другія.

VI. Въ этой области опредѣленныхъ юридическихъ дѣйствій установляется отдѣльность и зависимость лица.

Юридическая отдѣльность есть право въ субъективномъ смыслѣ (jus in sensu subjectivo), или та власть, которая принадлежитъ лицамъ въ ихъ отношеніяхъ другъ къ другу. Право охраняетъ каждому лицу его юридическую свободу, то есть независимость отъ чужаго произвола и возводитъ его тѣмъ самымъ до степени субъекта права, за которымъ признаются опредѣленныя блага и потребности. Такъ какъ возможно случайное выраженіе потребностей, то юридическая отдѣльность не имѣетъ характера безпредѣльности (всемогущества) и измѣняется, смотря по свойству тѣхъ силъ, которыя приходятъ во взаимную борьбу: въ каждомъ

конкретномъ отношеніи, входящемъ въ юридическую область, установляются извѣстные предѣлы, въ которыхъ лицо можетъ проявлять себя безусловно и которые оно должно охранять не только противъ другихъ, но и противъ самаго себя. Таковы напр. права пріобрѣтенія имущества, выраженія мыслей, вступленія въ договоры, участія въ судѣ присяжныхъ и проч.

Самый общій моментъ, который повторяется въ каждомъ отдѣльномъ правѣ, есть моментъ полномочія или власти, будетъ ли эта власть представляема безграничною, какъ въ римскомъ правѣ, или ограниченною по цѣли и потребности, какъ въ германскомъ. *Arnold*, 327. — Юридическая свобода создается общественнымъ порядкомъ и состоитъ въ томъ, что воля человѣка относительно воли другихъ лицъ къ ему принадлежащей сферѣ независима и обезпечена противъ возможнаго нападенія воли другихъ. *Warnkönig*, Enc. 23. — Юридическая свобода есть огражденіе отъ произвола другихъ лицъ. *Snell*, 33. — Почетныя права, по скольку въ нихъ выражается отдѣльность, имѣютъ также юридическій характеръ, н. п. право на признаніе государственнаго герба, флага и проч. Другія почетныя права остаются на степени нравственнаго уваженія къ лѣтамъ, къ полу и т. д. — Термины *субъективный* и *объективный* получили свое настоящее значеніе со времени Канта и Фихте: объективное есть то, что̀ заключается въ природѣ познаваемыхъ вещей, субъективное обозначаетъ условія познающаго ума; въ средніе вѣка наоборотъ субъективное означало сущность или то, что̀ существуетъ независимо отъ познающаго. — Нѣмецкіе писатели, напр. Пухта, права въ субъективномъ смыслѣ называютъ Befugnisse, а слово Recht употребляютъ для обозначенія цѣлаго юридическаго отношенія.

Юридическая власть или право въ субъективномъ смыслѣ существенно отличается отъ всякой другой (фактической) власти тѣмъ, что предметомъ ея служатъ дѣйствія или отношенія между лицами. Фактическая власть, пріобрѣтеніе, употребленіе благъ и пр. опредѣляется стремленіемъ каждаго къ благосостоянію, свойствомъ

предмета, экономическими условіями и т. под.; право же касается только признанія власти надъ опредѣленнымъ предметомъ относительно другихъ лицъ. Такъ напр. право охраняетъ собственность, независимо отъ того, какое употребленіе изъ нея дѣлается и существуетъ ли фактически предметъ собственности. Поэтому право всегда предполагаетъ лица обязанныя (termini juris, termes du droit), которыхъ дѣятельностью опредѣляются предѣлы юридической отдѣльности каждаго; юридическая область субъекта (subjectum juris) немыслима тамъ, гдѣ нѣтъ обязанныхъ termini и она простирается до того размѣра, въ какомъ существуетъ обязанность: la limite du droit est dans le devoir (*Derome*, 140).

VII. Предѣлы юридической отдѣльности лица, хотя и измѣняющіеся, не зависятъ отъ произвола и случая, но имѣютъ свое твердое основаніе въ жизненныхъ отношеніяхъ, для охраненія которыхъ существуютъ опредѣленныя нормы дѣятельности (norma agendi); лицо отвѣтственно лишь по стольку, по скольку уклоняется отъ такихъ нормъ или противурѣчитъ имъ, выходитъ за ихъ предѣлы. Эти нормы, установляющія предѣлы отдѣльности, или юридическую зависимость лица, образуютъ **право въ объективномъ смыслѣ** (jus in sensu objectivo).

Подъ именемъ права въ объективномъ смыслѣ разумѣется также совокупность всѣхъ юридическихъ опредѣленій, изложенныхъ въ системѣ; въ этомъ значеніи оно служитъ синонимомъ **науки о правѣ**. Такъ напр. говорятъ: изучать право, энциклопедія права, кандидатъ правъ и проч.

Право въ объективномъ смыслѣ состоитъ изъ юридическихъ положеній (Rechtssätze), съ которыми каждое лицо должно согласовать свою дѣятельность и высшимъ мѣриломъ которыхъ служитъ справедливость. Оно

возводитъ жизненныя отношенія на степень юридическихъ институтовъ и охраняетъ ихъ, какъ необходимое выраженіе жизни; таковы институты собственности, государства, семейства, договоровъ и пр. Эти институты суть признанныя формы взаимной зависимости между лицами; они не могутъ быть сознаваемы такъ или иначе, но получаютъ характеръ безусловный, опредѣляемый самою жизнью.

VIII. Оба значенія права — субъективное и объективное — совпадаютъ; одно не можетъ быть мыслимо безъ другаго. Объективное право существуетъ только для субъектовъ, для ихъ нравственной жизни; субъективное право получаетъ свое опредѣленное, конкретное содержаніе только въ юридическихъ институтахъ, потому что въ нихъ опредѣляются предѣлы юридической отдѣльности. Эти институты создаются не отвлеченно, а вслѣдствіе выраженныхъ потребностей лица, такъ что каждый своею дѣятельностью можетъ участвовать въ образованіи нравовъ и права, содѣйствовать тому или другому выраженію юридическихъ нормъ, создавать новыя отношенія и такимъ образомъ расширять область своей юридической отдѣльности. Юридическіе институты суть формулированныя отношенія между лицами или права (jura); только существованіе ихъ даетъ этимъ отношеніямъ мѣсто въ области права: пока не образовался институтъ, зависимость и отдѣльность не имѣютъ характера юридическаго; такова напр. зависимость отъ обстоятельствъ, не подлежащихъ общему опредѣленію, отношенія приличія, безнравственныя дѣйствія, не запрещенныя закономъ и т. п.; о правахъ можетъ быть рѣчь только тамъ, гдѣ есть объективное право. Такимъ образомъ, юридическіе институты даютъ твердость и опредѣленность правамъ и въ свою очередь служатъ ихъ вы-

раженіемъ; слѣд. только въ единствѣ субъективнаго и объективнаго права заключается полное понятіе о немъ.

IX. Отдѣльность и зависимость въ области права образуютъ юридическій порядокъ, выраженіемъ котораго служитъ мирное развитіе всѣхъ и каждаго, обезпеченное пользованіе благами и ихъ пріобрѣтеніе.

Разсматриваемое только съ формальной стороны, то есть безъ отношенія къ своему содержанію, право непремѣнно требуетъ мира; все, что нарушаетъ установленный порядокъ и спокойствіе, противурѣчитъ праву. Такъ напр. месть, война не согласны съ правомъ, хотя бы въ основаніи своемъ онѣ и были справедливы; и наоборотъ все, что не возбуждаетъ спора, всякое примиреніе совпадаетъ съ правомъ. Поэтому формально совершенно вѣрно правило: volenti non fit injuria, т. е. какъ скоро лицо примиряется съ какимъ-либо положеніемъ, то его право не считается нарушеннымъ, и рабство, кабала, развратъ предоставляется взаимному соглашенію, зависитъ отъ произвола отдѣльныхъ лицъ, отъ случайности.

Но въ этомъ исключительномъ смыслѣ юридическій порядокъ или сдѣлался бы однозначительнымъ съ квіетизмомъ, или потерялъ бы свой нравственный характеръ. Право не можетъ ограничиваться такимъ формальнымъ значеніемъ; установляемый имъ порядокъ есть порядокъ жизни, для которой борьба не только возможна, но часто необходима; противъ случайнаго отношенія между лицами и случайнаго ихъ примиренія оно выступаетъ съ своими безусловными требованіями; оно охраняетъ тѣ вѣчныя силы жизни, которыя лежатъ въ основѣ ея движенія и не могутъ подлежать произволу отдѣльныхъ лицъ. Поэтому право охраняетъ борьбу и вызываетъ ее тамъ, гдѣ она поддерживаетъ жизнь. Сохраняя свой формальный характеръ и достигая примиренія, право даетъ

просторъ выраженію всѣхъ созидающихъ силъ жизни и не противурѣчитъ плодотворной борьбѣ, безъ которой немыслимо движеніе.

Формальный характеръ юридическаго порядка состоитъ въ томъ, что право ограничивается только внѣшнимъ подчиненіемъ установленнымъ нормамъ дѣятельности, не требуя внутренней правды; но съ другой стороны оно не ставитъ внѣшнюю дѣятельность въ противурѣчіе съ нею. Это послѣднее условіе выполняется тѣмъ, что право возводитъ на степень юридическихъ институтовъ только тѣ отношенія, которыхъ созидающее значеніе оказалось несомнѣннымъ, предоставляетъ каждому лицу нравственную свободу отказаться отъ извѣстныхъ отношеній (напр. выходъ изъ службы, монашество, целибатъ) и призываетъ всѣ лица къ установленію юридическихъ нормъ (народное представительство, судъ присяжныхъ и проч.). Этимъ путемъ порядокъ юридическій приходитъ въ согласіе съ нравственнымъ и формальное право съ внутреннею правдою; право тѣмъ совершеннѣе, чѣмъ болѣе внѣшнее подчиненіе согласуется съ общими нравственными требованіями.

X. Установляя внѣшній порядокъ независимо отъ личнаго убѣжденія и нравственной свободы, право служитъ основаніемъ для принужденія. Оно становится силою карающею, строгою, неподкупною, безстрастною; его символъ — вѣсы и мечъ (Θемида); къ праву обращаются всѣ, какъ къ божественной силѣ, которая снизошла на землю, водворила миръ и постоянно управляетъ вселенною, сохраняя свое господство и власть надъ отдѣльными людьми и цѣлыми народами: все минется, одна правда останется. Безъ господства права все шатко, измѣнчиво, случайно, тревожно; гдѣ право теряетъ значеніе, тамъ выступаетъ насиліе и грозитъ порабощеніе:

legum idcirco servi sumus ut liberi esse possimus (Cic.). Совмѣстная жизнь возможна только подъ условіемъ подчиненія праву: jus est societatis vinculum, fundamentum regnorum; отступленіе отъ началъ права для какой бы то ни было цѣли всегда имѣетъ слѣдствіемъ шаткость юридическаго института и потому разслабляетъ весь общественный организмъ.

Необходимость, лежащая въ существѣ всѣхъ направляющихъ силъ, получаетъ внѣшнее свое выраженіе въ области права. Въ немъ сосредоточивается и получаетъ опредѣленность все необходимое, вся природа, сущность и цѣль человѣческихъ потребностей, разумъ и значеніе жизни. Поэтому принудительность права основывается на необходимости или правдѣ опредѣляемыхъ имъ силъ, хотя только съ одной стороны внѣшней. Юридическій порядокъ, отдѣльность и зависимость, будучи доступны внѣшнему воздѣйствію, могутъ быть охраняемы посредствомъ такого же воздѣйствія. Этимъ отличаются юридическія отношенія отъ всѣхъ прочихъ: увѣщаніе къ благотворительности, къ общественнымъ предпріятіямъ, хотя бы самымъ важнымъ для народной жизни, не можетъ составить юридическаго института, отъ кого бы это увѣщаніе ни исходило; всякое отношеніе только въ юридической своей сторонѣ принудительно.

Ein Recht kann nur die Macht sein, deren Ausübung sich durch Zwang durchsetzen lässt, und nur soweit dies möglich ist, hat die Macht über einen Gegenstand den Charakter eines Rechts. *Puchta*, Inst. I. 71. Право непремѣнно принудительно; только принудительность даетъ ему практическое значеніе. *Snell*, 30. Das Recht ist als solches Macht, und sein Correlat ist nicht Pflicht, sondern Unterwerfung. *Lenz*, Besitz, 36. — Противъ исключительной принудительности высказывается Маміани (p. 141): право не есть титулъ для индивидуальной силы, но только вызываетъ вмѣшательство общества. Почти тоже *Geyer*, 133: имѣющій право не можетъ принуждать. — Принудительность предполагаетъ неповиновеніе, слѣд.

право само въ себѣ не имѣетъ принудительнаго характера; и такъ какъ нарушеніе права есть случайность, то и принудительность есть свойство права sub hypothesi, т. е. когда является отрицаніе. *Chalybaeus*, II. 40. — Принудительность существуетъ и внѣ права: государство можетъ принуждать ко всему, что̀ необходимо во имя блага, или каждый человѣкъ можетъ мѣшать самоубійству другаго во имя человѣколюбія и пр. *Fichte*, I, 41. — Принудительность есть слѣдствіе, а не первоначальное свойство юридической обязанности. Бываютъ случаи, что эта обязанность не принудительна, а между тѣмъ не совпадаетъ съ нравственною обязанностью; таковы обязанности международныя, семейныя и пр. *Stahl*, II. I. 22. — Такимъ образомъ всѣ согласны въ томъ, что право есть основаніе принужденія, другими словами, что въ существѣ права лежитъ принудительная сила. Qui dit nécessité dit contrainte (*Ortolan*, Elem. du dr. penal, 2); и такъ какъ право есть выраженіе необходимости, то оно должно принуждать.

XI. Юридическое принужденіе выражается въ двоякой формѣ: для охраненія благъ, право или запрещаетъ извѣстныя дѣйствія или предписываетъ ихъ. Такой двоякій видъ принужденія основывается болѣе или менѣе на тѣсной связи, которая существуетъ между дѣйствіями и благами: запрещается то, что̀ прямо противорѣчитъ благу, предписывается то, что́ необходимо для его существованія. Поэтому основное начало принужденія заключается въ правилѣ: alterum non laedere, suum cuique tribuere. Обѣ формы принужденія совпадаютъ: предписаніе заключаетъ въ себѣ запрещеніе того, что́ ему противорѣчитъ и наоборотъ. Различіе состоитъ лишь въ томъ, что запрещеніе имѣетъ болѣе безусловный характеръ и вытекаетъ изъ признанія очевидныхъ, безспорныхъ, необходимыхъ и уже существующихъ благъ. На этомъ основаніи право запрещающее есть всегда абсолютное, jus cogens, coërcitivum, prohibitivum (zwingende, absolute Gesetze). Предписанія же имѣютъ двоякій характеръ: одни изъ нихъ безусловно опредѣля-

ютъ дѣйствія, касающіяся непосредственно блага, напр. предписаніе платить налоги, отбывать повинности и проч.; другія же установляютъ формы охраненія благъ, но не обязываютъ каждаго пользоваться этими формами. Въ послѣднемъ случаѣ право называется посредствующимъ — jus permissivum, dispositivum (ergänzende Gesetze или vermittelnde, какъ ихъ называетъ Савиньи). Такъ напр. право опредѣляетъ условія договоровъ, брака и проч., но не запрещаетъ безбрачія; право дозволяетъ дѣлать завѣщанія, но при недостаткѣ ихъ выступаетъ jus cogens — переходъ наслѣдства по закону.

При невозможности опредѣлить все разнообразіе жизненныхъ отношеній, запрещеніе и предписаніе опредѣляютъ предѣлы юридической области: все, что не запрещено и не предписано, по логической необходимости считается дозволеннымъ. Эта область права можетъ расширяться и съуживаться при измѣненіи запрещенія; въ юридическомъ смыслѣ *дозволеніе* обозначаетъ снятіе существующаго запрещенія. Такъ напр. извѣстное дѣйствіе, запрещенное сначала, потомъ дозволяется.

Въ этомъ смыслѣ Римляне опредѣляли значеніе права. Legis virtus haec est: imperare, vetare, permittere, punire (Modestinus). Lex omnis aut tribuit, aut adimit, aut punit, aut vetat, aut permittit (Quintil.).

Іерингъ объясняетъ различіе jus cogens et dispositivum такъ: существуютъ отношенія, въ которыхъ отдѣльнымъ лицамъ предоставляется самимъ установлять право; они jus dicere possunt, и объективное право является in subsidium тамъ, гдѣ лица не воспользовались самоопредѣленіемъ; jus dispositivum прилагается къ тѣмъ отношеніямъ, которыя допускаютъ исключенія. — Обыкновенно къ jus cogens относятъ нормы охраненія общественныхъ благъ, а къ jus dispositivum охраненіе личныхъ интересовъ. Jus publicum privatorum pactis mutari non potest (Papinianus). Он не

peut déroger par les conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les moeurs (Code Napol. § 6). На этомъ основаніи все, что̀ исходитъ отъ государства, имѣетъ характеръ безусловный, напр. экспропріяція, даже полицейскія предписанія. — Римляне принимали: lex perfecta, minus quam perfecta, plusquam prefecta et imperfecta; къ первой категоріи относились законы, постановлявшіе недѣйствительность всего, что̀ имъ противурѣчило; къ третьей тѣ, которые сверхъ недѣйствительностѝ установляли еще наказаніе; нарушеніе законовъ менѣе чѣмъ совершенныхъ имѣло послѣдствіемъ наказаніе, но самое дѣйствіе имъ противурѣчившее не уничтожалось; наконецъ законы несовершенные были тѣ, въ которыхъ не опредѣлялся способъ ихъ исполненія, зависѣвшій отъ распорядительной власти.

XII. Принудительность всегда лежитъ въ существѣ права, независимо отъ того, въ какой формѣ она получаетъ свое дѣйствительное бытіе. Право тѣсно связано съ природою отношеній человѣческихъ, съ физическими и духовными потребностями людей, къ охраненію которыхъ оно призвано и изъ которыхъ оно вытекаетъ. Поэтому право находитъ и средства принужденія въ той же природѣ человѣка, въ его инстинктахъ и сознаніи.

Такъ, прежде всего право прилагается въ силу *физической необходимости* (physical sanction, какъ ее называетъ Бентамъ). Нарушеніе права, то есть случай, произволъ оказывается физически-невозможнымъ, такъ что лицо принуждается къ охраненію благъ силою вещей; напр. безпомощность дѣтей заставляетъ ихъ подчиняться семейной власти, неисполненіе обязательствъ угрожаетъ потерею кредита. Здѣсь право сливается съ жизнью и его принудительность не выступаетъ какъ отдѣльная сила. По выраженію Локка, зло, произведенное лицомъ, возвращается на него безъ вмѣшательства права. Ср. *Austin*, I. 165.

Но на этой ступени принудительность права не останавливается. Право воздѣйствуетъ на лицо, независимо

отъ физическаго осуществленія своего. Оно употребляетъ внѣшнія средства и дѣйствуетъ на человѣческіе инстинкты *страха* и *надежды*.

Человѣкъ прежде всего доступенъ удовольствію и лишенію, которыя онъ ощущаетъ непосредственно или которыя предстоятъ ему въ ближайшемъ будущемъ, какъ неминуемыя послѣдствія подчиненія праву или ослушанія. Поэтому надежда и страхъ служатъ наиболѣе общими инстинктами для принужденія. Основываясь на инстинктѣ надежды, право дѣйствуетъ наградами; инстинктъ страха служитъ основаніемъ наказанія. Человѣкъ боится потерять тѣ блага, которыми онъ пользуется, и лишиться возможности удовлетворить своимъ потребностямъ; поэтому наказаніе можетъ состоять въ уменьшеніи и отнятіи всѣхъ благъ, доступныхъ внѣшнему принужденію; таково отнятіе имущества, разобщеніе съ другими лицами (заключеніе въ тюрьмѣ, ссылка), даже лишеніе жизни. Всякая подобная мѣра получаетъ высокій нравственный смыслъ, если прилагается не случайно (произвольно), а во имя права, для поддержанія его господства; наказаніе возстановляетъ нарушенный юридическій порядокъ и слѣд. примиряетъ: оно есть примиреніе преступника съ обществомъ, съ Богомъ и людьми. Страхъ отвѣтственности и кары служитъ выраженіемъ грозной силы права. Божественное Правосудіе во всемъ своемъ величіи высказывается въ «страшномъ» судѣ; страхъ «спасителенъ», по скольку онъ утверждаетъ и поддерживаетъ порядокъ, отдѣльность и зависимость каждаго.

Надежда требуетъ извѣстной степени воображенія и сознанія, страхъ дѣйствуетъ непосредственно; надежда благосостоянія, славы, чести заставляетъ отказываться отъ пользованія настоящимъ, побѣждать лѣнь, трудиться; страхъ дѣйствуетъ даже на злодѣя. Надежда имѣетъ индивидуальный характеръ, страхъ — болѣе общій: въ осажденной крѣпости, въ горящемъ городѣ, при угрожа-

ющей войнѣ всѣ страшатся одного и того же, но надѣются и ожидаютъ различнаго, часто противуположнаго. Надежда обольщаетъ слабаго, страхъ преклоняетъ сильнаго; поэтому онъ дѣйствуетъ вѣрнѣе. *Trendelenburg*, 93.

Далѣе, принудительная сила права основывается на той *пользѣ*, которую оно доставляетъ, на томъ удовлетвореніи потребностей, которое въ немъ находятъ всѣ; творчество, созидающая сила права побуждаетъ всѣхъ и каждаго искать опоры для себя въ юридическихъ нормахъ. «Правильно понимаемый эгоизмъ ведетъ къ той же цѣли, какъ и стоическая мораль (*Warnkönig*, Rechtsphil. 401).» Частная выгода совпадаетъ съ правомъ, которое ограждаетъ каждаго.

Наконецъ болѣе высокое значеніе свое принудительная сила права находитъ въ *сознаніи* отдѣльныхъ лицъ, въ уваженіи къ тому порядку, который охраняется правомъ. При такомъ уваженіи сила права сливается съ нравственностью: внѣшнее исполненіе обязанностей становится внутреннею потребностью лица, въ направляющей силѣ права каждый видитъ выраженіе своей природы, своего высшаго блага, жизненной правды.

Нравственное совершеннолѣтіе лица, говоритъ Тренделенбургъ (стр. 97), выражается во внутреннемъ уваженіи къ праву. Чувство уваженія и преданности имѣетъ высокое значеніе: въ немъ повиновеніе соединяется съ удовольствіемъ, которое доставляетъ все нравственное. Страхъ есть уваженіе къ закону, соразмѣряемое съ любовью къ себѣ; преданность вызывается жаждою высшаго совершенства. Дѣйствуя страхомъ, право принуждаетъ себялюбіе къ покорности и ограничивается отрицаніемъ; но когда законъ уважается свободно, то его дѣйствіе основывается на разумѣ. Съ страхомъ можно еще бороться; изъ одного страха убійца не всегда откажется отъ убійства, а только сдѣлается осторожнѣе. — Варнкёнигъ (Rechtsph. 399) подводитъ средства принужденія, охраняющія право, подъ три категоріи: нравственно-религіозныя, естественныя (польза) и положительныя (сила). Для того, чтобы пра-

во уважалось въ обществѣ, необходимы: воспитаніе, предупредительныя мѣры и уголовныя наказанія.

Такимъ образомъ средства принужденія права суть или *физическія*, или *психическія*. Физическія состоятъ въ отнятіи возможности дѣйствовать противно праву, психическія въ направленіи дѣятельности согласно съ правомъ. Въ наказаніи соединяются тѣ и другія: отнимая блага, слѣд. дѣйствуя физически, право имѣетъ цѣлью внушить къ себѣ уваженіе и повиновеніе, т. е. установить нравственную зависимость.

Наказанія и вообще способы охраненія составляютъ существенную сторону права, такъ что многіе принимаютъ два вида законовъ: *опредѣлительные* (déterminateurs), установляющіе нормы дѣятельности, и *охранительные* (sanctionnateurs), которые ограждаютъ эти нормы судомъ и наказаніемъ. Austin (II. 291) принимаетъ для первыхъ терминъ substantiv or material law, а для вторыхъ adjectiv or formal law. У насъ формальное право служитъ терминомъ для обозначенія законовъ о судопроизводствѣ, всѣ же другіе вопросы относятъ къ матеріяльному праву.

XIII. Заключая въ себѣ принудительную силу, право прилагается и дѣйствуетъ, независимо отъ уваженія къ нему и нравственнаго сознанія отдѣльныхъ лицъ. Безъ приложенія право не имѣетъ дѣйствительнаго бытія, — оно остается призрачнымъ правомъ. Die Verwirklichung ist das Leben und die Wahrheit des Rechts, ist das Recht selbst (*Jhering*, II, 334). Такое постоянное приложеніе условливается постоянною формою жизни, сущность которой, подобно сущности права, состоитъ въ охраненіи. Этою необходимою формою служитъ общество, а потому право и общество суть понятія, условливающія другъ друга. Право внѣ общества не имѣло бы дѣйствительнаго бытія, а было бы только отвлеченною идеею; общество безъ права представляло бы собою только случайное смѣшеніе, толпу людей или стадо. Lex est so-

cietatis vinculum. Ubi societas ibi jus. Въ обществѣ, въ его нравахъ, воззрѣніяхъ, убѣжденіяхъ, привычкахъ право находитъ себѣ поддержку и средства принужденія: сила охраняющая и карающая прилагается вслѣдствіе общественнаго суда и приговора; общественное мнѣніе, религіозныя вѣрованія и обычаи служатъ средствами психическаго принужденія во имя права и проч. Въ обществѣ, въ его власти олицетворяется или получаетъ свою отдѣльность принудительная сторона права. При этомъ форма общества не имѣетъ существеннаго значенія: въ каждой изъ этихъ формъ существуетъ опредѣленная нравственная охраняющая сила, хотя и не одинаковая въ своемъ выраженіи. Такъ напр. семейство, государство, международный союзъ по необходимости предполагаютъ организованную власть, которая охраняетъ отдѣльность лица въ его отношеніяхъ къ себѣ самой и къ другимъ лицамъ. Имѣя источникомъ и основаніемъ своимъ всю природу человѣка, право получаетъ въ обществѣ значеніе особой силы, необходимой для его развитія: въ ней отражается все разнообразіе потребностей и вліяній, при которыхъ совершается сознаніе и жизнь общества; посредствомъ этой силы общество возводится на степень юридическаго института и власть получаетъ нравственный характеръ.

Цѣль права есть объективное осуществленіе личности чрезъ посредство общей воли. *Chalybäus*, I. 289. Право возвышаетъ формы общежитія до юридическихъ институтовъ; оно возводитъ лицо на степень субъекта права. *Fichte*, I, 49.

XIV. Вопросъ о правѣ возникаетъ въ обществѣ всякій разъ, когда необходимо опредѣлить, въ какой мѣрѣ охраненіе благъ жизни требуетъ ограниченія отдѣльности лица по отношенію къ другимъ лицамъ и къ цѣлому обществу. Рѣшеніе такого вопроса не можетъ сто-

ять отрѣшенно отъ жизни, составляющей высшую основу права. Право существуетъ для жизни, а потому должно находиться въ постоянной связи съ выраженіемъ потребностей и силъ, дѣйствительно существующихъ; оно не создаетъ произвольно отношеній между лицами, а охраняетъ тѣ изъ нихъ, которыя вызываются жизнью. Эти отношенія составляютъ *фактическую сторону* или элементъ права.

Но право не остается пассивнымъ и безразличнымъ къ жизненнымъ отношеніямъ. Оно охраняетъ только тѣ изъ нихъ, въ которыхъ увеличивается сила жизни; оно отличаетъ въ нихъ необходимое и *разумное* отъ случайнаго и обобщаетъ разнообразіе жизни.

Наконецъ право остается всегда *нравственною* силою: оно даетъ возможность каждому лицу выразить себя согласно съ правдою своихъ потребностей и охраняетъ личную отдѣльность, безъ которой немыслимо раскрытіе всей полноты жизни.

ГЛАВА V.

Элементы и источникъ права.

Voigt, Die Lehre vom jus naturale, aequum et bonum und jus gentium der Römer. Leipz. 1856. — *Freeman Oliver Haynes*, Outlines of equity. Lond. 1865. — *Leist*, Naturalis ratio und Natur der Sache. Leipz. 1860. — *Dankwardt*, Nationaloekonomie und Jurisprudenz. Rostok, 1859. — *Dameth*, Le juste et l'utile. Paris, 1859. — *Ahrens*, Cours du droit naturel. 5-me edit. Brux. 1860. — *Tolomei*, Corso elementare di diritto naturale. Napoli, 1857. — *Massol*, De l'obligation naturelle et de l'obligation morale. Paris, 1862. — *Saredo*, Diritto costituzionale. 4 vols. Parma, 1862—63. — *Belime*, Philosophie du droit. 2 vols. Paris, 1856—57.

I. Охраняющая сила права тѣсно связана съ движеніемъ жизни: юридическая отдѣльность и зависимость получаетъ свое значеніе, по скольку онѣ необходимы для развитія. Поэтому право становится въ непосредственное отношеніе съ этимъ развитіемъ, почерпаетъ въ немъ свое содержаніе. Все, что̀ совершается въ жизни силою нравственности и фактическимъ проявленіемъ потребностей, служитъ основаніемъ для опредѣленіи права: нравственность и требованія жизни, ихъ охраненіе и примиреніе составляютъ сущность права и его идеалъ; внѣ этого содержанія право превратилось бы въ формальное опредѣленіе дѣятельности, отрѣшенное отъ жизни. Такимъ образомъ, нравственность и фактъ составляютъ необходимые элементы или стороны права.

II. Нравственная сторона права даетъ ему высокое значеніе силы, необходимой для движенія и усовершенствованія человѣка; безъ нравственной основы своей право потеряло бы характеръ необходимости и охраняло бы случайныя явленія жизни; чѣмъ болѣе право проникается нравственностью, тѣмъ плодотворнѣе его вліяніе и тѣмъ ближе соприкасается оно со всѣмъ существомъ человѣка. Поэтому сознаніе о связи между правомъ и нравственностью не исчезало никогда. Въ исторіи всѣхъ народовъ повторяется постоянно одно и то же явленіе: первоначальное право и нравственность не различаются между собою, затѣмъ право рѣзко отдѣляется отъ нравственности, наконецъ сознается потребность ихъ сближенія и право теряетъ свою строгую формальность. Видимымъ образомъ это сближеніе выражается въ томъ, что право охраняетъ нравственность и чрезъ посредство ея возвышается до правды.

Только нравственный элементъ возвышаетъ право надъ механическимъ взаимнодѣйствіемъ и дѣлаетъ его источникомъ свободной человѣческой воли. *Arnold*, 336. — Всякое право, которое не имѣетъ высшей санкціи въ нравственности, есть gewissenloses Recht. *Knapp*, 192. — Субъективная сторона есть нравственность, объективная — право; поэтому ихъ нельзя отдѣлить другъ отъ друга. *Chalybaeus*, II. 20. — Основы нравственности суть вмѣстѣ высшія основы человѣческаго общежитія и учрежденій общественныхъ. *Stahl*, II. 122. Конечно, можно привести примѣры безнравственныхъ законовъ (напр. изданные противъ христіанства), но эти историческія явленія не измѣняютъ вѣрности основнаго положенія.

У Римлянъ первоначально fas и jus не различались; жрецы и судьи были тождественны, юристы надзирали за нравами. Впослѣдствіи право отдѣлилось отъ нравственности и сдѣлалось выраженіемъ безусловнаго господства воли. Подъ конецъ въ aequitas и jus gentium высказалась необходимость соединить право съ нравственностью. Римскіе юристы постоянно признавали нравственный элементъ въ правѣ. Nam quae facta laedunt pietatem, existimationem,

verecundiam nostram, et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est (Papin.). Semper in conjunctionibus non solum quid liceat considerandum est, sed et quid honestum est (Modest.). In omnibus quidem, maxime tamen in jure, aequitas spectanda sit (Paulus).

III. Признавая нравственность необходимымъ условіемъ развитія, право охраняетъ свободу и добросовѣстность лица и не можетъ требовать того, что̀ имъ противурѣчитъ. Juris praecepta, говоритъ Ульпіанъ, sunt haec: *honeste vivere*, alterum non laedere, suum cuique tribuere. Уничтожая свободу, право остановило бы жизнь въ ея источникѣ и превратило бы ее въ механическое воздѣйствіе одной силы на другую; право ограждаетъ свободу отъ произвола другихъ лицъ въ ихъ взаимныхъ отношеніяхъ и тѣмъ поддерживаетъ творчество жизни и ея разнообразіе. Чѣмъ болѣе въ обществѣ развито нравственное уваженіе къ свободѣ и чѣмъ глубже сознается отвѣтственность, тѣмъ шире область общественной дѣятельности и выраженіе самосознанія каждаго лица. Охраняя свободу, имѣющую нравственный созидающій характеръ, право недозволяетъ лицу отказываться отъ этой свободы; поэтому оно не можетъ дозволять отдачи себя въ кабалу и не допускаетъ безусловнаго приложенія правила: volenti non fit injuria. Точно также право охраняетъ добросовѣстность или честность и запрещаетъ насиліе, обманъ, неблагодарность: nemo dolo suo lucrari potest; отношенія, сущность которыхъ опредѣляется нравственностью (семейство, церковь), остаются неизмѣнными и въ области права, которое недозволяетъ безнравственныхъ сдѣлокъ, развода между супругами и пр.

Св. Зак. X. 974: если принявшій даръ окажетъ дарителю явное непочтеніе, то даритель имѣетъ право требовать возвращенія подареннаго. Code Nap. art. 953: подаренное возвращается pour cause d'ingratitude. — Свобода есть единство мышленія и юрид-

ческаго принужденія. *Клапр*, 198. — Положеніе обезпеченнаго средства есть владѣніе, положеніе обезпеченной цѣли есть свобода. *Fröbel*, I. 85. — Свобода есть средство, а не цѣль права. *Mamiani*, 140. — Свобода общественная состоитъ въ способности разумно избирать средства и условія, отъ которыхъ зависитъ достиженіе нашей цѣли и которыя согласны съ общимъ благосостояніемъ, *Ahrens*, Cours, 247. — Свобода юридическая есть независимость отъ произвола другихъ лицъ. *Snell*, 33.

IV. Съ другой стороны нравственность *охраняетъ право*, какъ силу, безъ которой невозможно движеніе жизни. Уваженіе къ праву составляетъ его высшую гарантію и входитъ въ кругъ нравственныхъ обязанностей; повиновеніе общественной власти и закону требуется религіею и нравственностью; несогласно съ честью требовать отъ человѣка исполненія того, на что́ онъ не имѣетъ права; напротивъ добросовѣстное исполненіе того, что̀ предписывается правомъ, возвышаетъ лицо до нравственной свободы. Многія дѣйствія получаютъ значеніе въ области нравственной только потому, что право касается ихъ своимъ опредѣленіемъ; такъ напр. контробанда безнравственна потому, что она запрещена закономъ и лишь до тѣхъ поръ, пока это запрещеніе существуетъ; то же можно сказать и о другихъ предписаніяхъ права, которыя сами по себѣ нравственно-безразличны напр. о срокѣ давности, о числѣ свидѣтелей, формѣ договоровъ и пр.

Это отношеніе нравственности къ праву можно выразить такъ: *все, что̀ запрещается и предписывается правомъ, также запрещается и предписывается нравственностью.*

V. Находясь въ тѣсной связи другъ съ другомъ, обѣ направляющія силы не тождественны. Право имѣетъ свое отдѣльное бытіе, свою особую область, въ которой высказывается его отличіе отъ нравственности.

Нравственность всеобъемлюща, — въ томъ смыслѣ, что она опредѣляетъ всецѣло характеръ лица и что ни въ какой области дѣятельности человѣкъ не можетъ отрѣшиться отъ совѣсти. Напротивъ право разсматриваетъ отношеніе лица только къ опредѣленному единичному дѣйствію; оно касается только ближайшихъ послѣдствій этого дѣйствія и ближайшаго намѣренія дѣятеля; такъ напр. animus dominii, animus haerendi, умыселъ дѣйствія входитъ въ область права, но безъ отношенія ихъ къ цѣлому характеру лица (*Snell*, 35). Съ другой стороны въ области нравственной намѣреніе само въ себѣ есть совершившійся фактъ, тогда какъ право опредѣляетъ его только по внѣшнему выраженію: expressa nocent, non expressa non nocent; наоборотъ, юридически безразлично, совершилось ли подчиненіе праву свободно или нѣтъ: право довольствуется только легальностью или внѣшнимъ подчиненіемъ порядку; напр. юридически не требуется отъ должника благодарности кредитору, а только уплаты долга и проч. Слѣд. область нравственности обширнѣе области права.

Wenn im moralischen das äussere, im rechtlichen das innere Dasein der Freiheit gleichgültig ist. *Michelet*, I. 254. — Принципъ и цѣль права есть личность человѣка; принципъ и цѣль нравственности есть безусловное благо или личность Бога; поэтому атеистъ не можетъ быть нравственнымъ. *Mancini*, 123.

Поэтому право предоставляетъ болѣе простора лицу, и многія дѣйствія, дозволенныя правомъ, запрещаются нравственностью: non omne quod licet honestum est. Право ограничивается охраненіемъ, не требуя непремѣнно усовершенствованія: оно ограждаетъ собственность, употребляемую во зло, предоставляетъ каждому самовоспитаніе и возможность дѣятельности. Если бы право запрещало безусловно все безнравственное, то

оно вредило бы нравственности, уничтожая значеніе свободнаго настроенія и лишая лицо энергіи самоусовершенствованія. Право дозволяетъ все, что имъ не запрещено, тогда какъ нравственность запрещаетъ все, что ею непредписано; къ ней прилагается правило: quae lex non jubet, vetat. Наконецъ въ области нравственной дѣйствіе и воздержаніе отъ дѣйствій имѣютъ одинаковый характеръ: напр. нѣтъ разницы между тѣмъ, кто убиваетъ, и тѣмъ, кто не отвратилъ орудіе убійства; скрытіе истины (suppressio veri) стоитъ наравнѣ съ ложнымъ показаніемъ (affirmatio falsi); право же различаетъ между тѣмъ и другимъ (*Ambrosoli*, 176).

Такимъ образомъ, *не все предписываемое и запрещаемое нравственностью предписывается и запрещается правомъ.*

Это не значитъ, чтобы право дозволяло то, что запрещается нравственностью. Право не находится ни въ какой прямой связи съ безнравственнымъ дѣйствіемъ; это дѣйствіе чуждо праву и не существуетъ для него. *Ahrens*, Cours, 163. — Законодательство, смѣшивающее себя съ нравственностью, было бы самое деспотическое, самое несправедливое, самое нетерпимое, самое доносническое. *Saredo*, I. 80. — Право, основанное на нравственности, говоритъ тотъ же авторъ, ведетъ къ цензурѣ, предписываетъ добродѣтели; онъ приводитъ въ примѣръ ст. 8-ю конституціи партенонской республики 1799, которою лишался права гражданства всякій, кто vivrà poco democraticamente, cioè da dissoluto e voluttuoso, darà una cattiva educazione alla sua famiglia, userà dei modi superbi ed insolenti e contro l'ugualianza. *Id.* 76.

VI. При такомъ различіи между двумя направляющими силами, онѣ могутъ приходить въ столкновеніе другъ съ другомъ, и въ этомъ случаѣ вопросъ выходитъ изъ юридической области. Такъ, нравственность нерѣдко запрещаетъ лицу пользоваться правомъ; «есть дѣйствія, которыя добры, но несправедливы, еще болѣе такихъ, которыя юридически дозволены, но недобры

(*Belime*, I. 182).» Напр. если кто либо употребляетъ силу для защиты ближняго, то его вмѣшательство можетъ быть юридически-запрещеннымъ, хотя и одобряется нравственностью; или наоборотъ, кредиторъ, пользующійся своимъ правомъ, можетъ нарушить требованія человѣколюбія. Въ тѣхъ отношеніяхъ, въ которыхъ право дѣйствуетъ дозволеніемъ, его противурѣчіе съ нравственностью разрѣшается очень легко: право не требуетъ нарушенія нравственности, предоставляетъ каждому слѣдовать предписаніямъ чести; напр. лицо можетъ не пользоваться правомъ давности, если находитъ это несправедливымъ, оно можетъ во имя честности отказаться отъ юридическаго предположенія въ его пользу, признать неформенное обязательство и проч. Но гораздо труднѣе разрѣшить вопросъ о столкновеніи между нравственными предписаніями и юридическими запрещеніями, когда право заставляетъ лицо поступать противно его совѣсти. Конечно, такое принужденіе снимаетъ съ лица его нравственную отвѣтственность; но оно указываетъ на смѣшеніе двухъ разнородныхъ областей и вызываетъ протестъ противъ права, лишая его нравственной основы и оставляя за нимъ только силу внѣшнюю; крайнимъ выраженіемъ такого протеста служитъ выходъ изъ общества.

Слова божественнаго Учителя: воздадите Кесарево Кесарю, а Божіе Богу служатъ идеаломъ, къ которому право должно стремиться; всякое противурѣчіе ему отзывается вредно и на нравственности и на правѣ. Борьба между правомъ и нравственностью, т. е. споръ объ ихъ превосходствѣ возникалъ постоянно и не разрѣшенъ окончательно. Всѣ попытки установить строгое различіе между правомъ и нравственностью не могутъ считаться вполнѣ удовлетворительными. Кантъ отдѣляетъ нравственныя обязанности отъ юридическихъ такимъ образомъ: первыя суть тѣ, при которыхъ сама обязанность служитъ побужденіемъ дѣйствія, вторыя же

имѣютъ побужденіемъ существующій законъ. Мой де Сонсъ (Phil. des Rechts, § 63): порядокъ внутренней жизни, отъ котораго зависитъ внѣшній порядокъ, мы называемъ нравственностью; порядокъ внѣшній, который вытекаетъ изъ внутренняго, но можетъ существовать и самъ по себѣ, даже если внутренняя производящая сила и дѣятельность не высказывается, есть право въ тѣсномъ смыслѣ. Тренделенбургъ (Naturrecht, § 84): такъ какъ право выступаетъ тамъ, гдѣ существуютъ нравственныя отношенія, чтобъ охранить ихъ въ существѣ, то право можетъ быть сознано только при осуществленіи нравственной идеи. Шопенгауеръ (Ethik, 220) выводитъ право и нравственность изъ различныхъ степеней симпатіи, какъ основы человѣчности: право есть та степень симпатіи къ ближнему, на которой человѣкъ сочувствуетъ чужому страданію и обязанъ не причинять его; нравственность есть высшая степень состраданія, побуждающая къ помощи. Вальтеръ (Enc., 4) отказывается отъ опредѣленія права и нравственности; справедливость, говоритъ онъ, можетъ быть опредѣлена только въ конкретныхъ проявленіяхъ, подобно красотѣ; изящное есть также нѣчто непосредственное, получающее опредѣленность въ отдѣльныхъ проявленіяхъ формы, цвѣта, звука и проч. Подробнѣе другихъ разбираетъ вопросъ объ отношеніи права и нравственности Удо въ сочиненіи Science du devoir, II, 111 и слѣд.

VII. Охраняя постоянно нравственность и почерпая въ ней новыя силы, право не останавливается однако на степени нравственныхъ требованій, но получаетъ дѣйствительное бытіе, направляетъ дѣятельность лицъ въ ихъ жизненныхъ отношеніяхъ.

Жизнь, создавая блага, съ тѣмъ вмѣстѣ создаетъ и непосредственныя формы ихъ охраненія, и право должно отражать на себѣ этотъ процессъ жизни: оно охраняетъ не воображаемыя или призрачныя силы, а тѣ, которыя пришли въ извѣстное сочетаніе другъ съ другомъ; оно находится въ тѣсной связи съ жизнью, составляетъ необходимую ея сторону. Только то подлежитъ опредѣленію права, что получило внѣшнее бытіе: non esse et non adparere est idem in jure. Если жизнь составляетъ

высшую цѣль права, то въ ней оно находитъ самыя вѣрныя указанія на то, что́ должно быть охраняемо; отрѣшенное отъ жизни право превращается въ отвлеченное умствованіе и перестаетъ быть дѣйствительною силою. Еще Ульпіанъ предостерегалъ юристовъ отъ разрыва съ жизнью и говорилъ, что они должны быть veram philosophiam non simulatam affectantes. Творчество жизни, вся дѣятельность человѣческая не проходитъ безслѣдно и отпечатлѣвается на правѣ прямо или косвенно, указывая на необходимость охраненія того или другаго блага; нерѣдко преступленія или войны служили для разъясненія юридическихъ вопросовъ, въ нарушеніяхъ право крѣпнетъ и обновляется.

Штейнъ въ слѣдующихъ словахъ опредѣляетъ значеніе человѣческой дѣятельности: «Какъ камень при паденіи въ воду производитъ круги, которые перекрещиваются съ тысячью другихъ, и человѣческій глазъ не въ состояніи различить ихъ предѣлы: такъ точно дѣйствіе человѣческое производитъ волненіе въ обществѣ и его послѣдствія, видимыя и осязательныя для стоящихъ вблизи, никогда не остаются безъ вліянія на отдаленныя жизненныя отношенія. Въ томъ и состоитъ глубокое различіе между человѣческимъ дѣйствіемъ и явленіями природы, что послѣднія, зависящія въ своемъ существѣ отъ внѣшнихъ условій, такъ же преходящи въ своемъ содержаніи и послѣдствіяхъ; человѣческое же дѣйствіе всегда безсмертно, какъ и человѣкъ, его произведшій; оно продолжается вѣчно въ общей жизни человѣчества, въ его благѣ и невзгодахъ, въ его движеніи впередъ или назадъ, въ общемъ развитіи человѣческаго рода.» *Stein*, Verwaltungslehre, II, 7.

VIII. Измѣненія, производимыя силами человѣка и природою во внѣшнемъ мірѣ вообще называются фактами. Подъ это понятіе подводится все, что́ познается не процессомъ мышленія, а изъ опыта, все, что выразилось въ извѣстныхъ послѣдствіяхъ и измѣнило прежнее

состояніе. По разнообразію этихъ послѣдствій и перемѣнъ, факты получаютъ различное значеніе. Весьма многіе изъ нихъ стоятъ внѣ области права или потому, что не производятъ измѣненія въ отношеніяхъ между лицами, или потому, что касаются непосредственно блага. Такъ напр., право предоставляетъ кредитору получить свой долгъ или собственнику воздѣйствовать на вещь; но должникъ можетъ оказаться несостоятельнымъ, вещь можетъ исчезнуть, — всѣ такія положенія суть quaestiones facti non juris. Точно также для права остается безразлично фактическое пользованіе имуществомъ, размѣръ этого имущества и проч.

Въ область права входятъ только тѣ факты, которые производятъ перемѣну въ существующихъ юридическихъ отношеніяхъ между лицами или же создаютъ новыя отношенія. Въ первомъ случаѣ мы говоримъ объ юридическихъ фактахъ (facta juridica), во второмъ о совершившихся фактахъ (faits accomplis).

По опредѣленію Фребеля, фактъ есть все, что̀ не вытекаетъ изъ процесса мышленія, — все, что̀ принадлежитъ къ опытному содержанію сознанія, будетъ ли опытъ внѣшній, т. е. воспринимаемый чувствами, или внутренній, совершающійся въ душѣ. *Fröbel*, I, 4. Флеммингъ различаетъ act и action: act is individual, it applies chiefly to thought and mind; action — to what is external. *Flemming*, 1.

IX. Юридическіе факты суть такія выраженія силъ природы и человѣка, которыя производятъ перемѣну въ юридическомъ положеніи лица, напр. истеченіе извѣстнаго срока, смерть, причиненіе убытковъ. Эти факты имѣютъ послѣдствія, предусмотрѣнныя и формулированныя правомъ: въ нихъ право находитъ свое осуществленіе, въ каждомъ изъ нихъ заключается юридическая сторона: narra mihi factum, ego tibi narrabo jus. Какъ бы

разнообразны ни были эти факты, право касается ихъ своимъ запрещеніемъ и предписаніемъ; оно существуетъ ради ихъ, для того, чтобы дать возможность выразиться потребностямъ жизни въ формѣ опредѣленныхъ отношеній. Право не имѣло бы реальнаго бытія безъ юридическихъ фактовъ и наоборотъ безъ права эти факты имѣли бы характеръ случайности. Такимъ образомъ между правомъ и фактами происходитъ постоянный обмѣнъ и взаимнодѣйствіе.

Der Zweck aller Thatsachen ist die Darstellung und Förderung des geistigen Lebens Aller durch die Besonderheit des geistigen Lebens jedes Einzelnen. *Stein*, Syst. II. 8. — Блекстонъ и Аустинъ (III. 90) называютъ юридическіе факты титулами и все объективное право подводятъ подъ понятіе факта.

X. Подчиненіе фактовъ праву основывается на связи ихъ съ тѣми юридическими отношеніями, которыя должны быть охраняемы. Поэтому многіе факты запрещаются и дозволяются правомъ лишь условно; таково напр. запрещеніе курить или купаться въ извѣстномъ мѣстѣ, таковы всѣ полицейскія мѣры и проч. Другіе факты имѣютъ безусловно разрушительный характеръ, всегда противурѣчатъ отношеніямъ, въ которыхъ совершаются движеніе жизни, какъ напр. убійство, насиліе и т. п. Вообще право опредѣляетъ значеніе фактовъ по отношенію ихъ къ жизни.

Поэтому тамъ, гдѣ жизнь сама вырабатываетъ формы своего охраненія, право совпадаетъ съ этими формами: въ своемъ идеалѣ жизнь и право тождественны и право становится отдѣльною силою только вслѣдствіе случайнаго выраженія человѣческихъ потребностей; оно подчиняется жизни и ея требованіямъ, какъ высшему осуществленію правды (*Moy*, I. 31).

Основаніемъ и мотивомъ такого подчиненія служитъ

польза, utilitas, получающая силу contra rationem juris. Право охраняетъ то, что̀ полезно, и запрещаетъ все вредное для жизни, такъ что степень вреда и пользы служитъ мѣриломъ для права. Напр. дѣйствія, тождественныя въ нравственномъ смыслѣ, наказываются неодинаково, смотря по важности ихъ послѣдствій (поддѣлка монеты и воровство, контрабанда и обманъ); наоборотъ, utilitatis causa охраняется незаконное владѣніе и проч. Право противурѣчило бы себѣ, если бы разрушало то, что̀ создано жизнью и что̀ получило въ ней власть; фактической силѣ оно придаетъ значеніе юридическое: образованіе, богатство становятся основаніемъ правъ, экономическія сдѣлки получаютъ охраненіе и тому под.

Ursprünglich hat jedes Bedürfniss des Lebens sich durch das Leben befriedigt. *Jhering*, I. 119. — По объясненію Рудорфа, utilitas означаетъ rechtliche Interesse. *Puchta*, Pand. 33. Принимать безусловно правило: fiat justitia, pereat mundus значитъ лишать право его творческой силы для жизни.

XI. Самымъ полнымъ выраженіемъ направляющей силы, создаваемой жизнью вопреки праву, служатъ совершившіеся факты. Въ нихъ установляется новый порядокъ жизни, который вызывается ея требованіями, а потому долженъ получить охраненіе или признаніе; если бы право разрушало этотъ порядокъ и поддерживало то, что̀ ему противурѣчитъ, то оно охраняло бы безполезное для жизни, слѣд. перестало быть для нея благомъ и было бы отвергнуто ею. Совершившіеся факты получаютъ значеніе въ разнообразныхъ отношеніяхъ между лицами, во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ существующее de facto признается существующимъ de jure. Самый обыкновенный видъ ихъ представляютъ перемѣны, происходящія въ государствѣ или образованіе новаго государ-

ства; затѣмъ война, владѣніе, большинство голосовъ подводятся также подъ это понятіе; наконецъ рѣшеніе вопроса часто передается судьбѣ или жребію, такъ напр. при раздѣлѣ наслѣдства, при выборѣ присяжныхъ, при отдачѣ въ рекруты и пр. право утверждаетъ то, что̀ опредѣлено жребіемъ, само отказывается отъ направленія. Въ этомъ смыслѣ право совпадаетъ съ силою; оно признаетъ надъ собою ея власть, видитъ въ ней выраженіе жизни и охраняетъ ее. Побѣдившій считается правымъ, побѣжденный долженъ подчиниться: vae victis! Пока продолжается борьба элементарныхъ силъ, право остается безъ приложенія, и только, когда фактъ вполнѣ завершится, право становится на сторонѣ того, что̀ получило господство.

Сила, какъ фактъ, есть то же, что̀ право, какъ принципъ. Признанная власть есть право, признанное право есть власть; въ первомъ случаѣ фактъ переходитъ въ принципъ, во второ́мъ наоборотъ. — Изъ силы вытекаетъ власть, а съ нею и право. Какъ скоро рѣшенъ вопросъ о точъ, кто сильнѣе, совершившійся фактъ становится основаніемъ права. *Fröbel*, I. 23, 30.

XII. Но признавая фактическую силу своимъ основаніемъ, право никогда не можетъ признать и оправдать насилія; оно даетъ возможность выразиться требованіямъ жизни подъ условіемъ, чтобы достигнуто было дѣйствительное благо. По началу равенства право признаетъ совершившійся фактъ лишь въ томъ случаѣ, когда каждой силѣ возможно выразить свое преобладаніе. Поэтому совершившіеся факты получаютъ значеніе въ отношеніяхъ между равноправными государствами, между организованными политическими партіями; большинство возможно только между равноправными членами; охраненіемъ должно пользоваться только добросовѣстное владѣніе; при борьбѣ мнѣній необходимо каждой сторонѣ дать

возможность высказаться и пр. Безъ этого условія равенства фактическая сила превратилась бы въ насиліе, въ преобладаніе элементарной массы, при которомъ исчезло бы совершенно значеніе лица. Признавая напр. обязательность рѣшеній большинства, право ограждаетъ меньшинство отъ его произвола; въ войнѣ оно сохраняетъ нравственную личность каждаго, однимъ словомъ, признавая фактъ, право не преклоняется передъ нимъ безусловно.

Право уполномочиваетъ большинство только въ извѣстномъ размѣрѣ и требуетъ существованія власти, которая стояла бы выше измѣнчиваго большинства и меньшинства и ограждала бы меньшинство отъ насилія. *Fröbel*, I. 253.

XIII. Нравственность и факты составляютъ элементы права, служатъ его основаніемъ, ratio; изъ нихъ образуется право, — хотя ни нравственность сама по себѣ, ни фактъ самъ по себѣ не есть право.

Сліяніе этихъ элементовъ въ одно цѣлое происходитъ весьма медленно: оно проходитъ три ступени и въ сознаніи и въ приложеніи. На первой ступени каждый элементъ въ отдѣльности принимается за право; далѣе право представляется какъ обобщеніе фактовъ и установленіе для нихъ отвлеченной формы; наконецъ право возвышается до полнаго сліянія каждаго отдѣльнаго индивидуальнаго факта съ нравственными требованіями. Этимъ тремъ ступенямъ соотвѣтствуютъ три вида права: естественное, формальное или строгое и справедливость.

XIV. По двумъ составнымъ элементамъ, **естественное право** служитъ выраженіемъ или фактическихъ силъ, или нравственности.

Силою вещей, ихъ природою (Natur der Sache) устанавливаются фактически непреложныя нормы дѣятельности, опредѣляющія отдѣльность и зависимость лица.

Такъ, въ семействѣ фактическое превосходство родителей служитъ основою семейной власти; чувство самосохраненія переходитъ въ право самообороны, экономическій законъ раздѣленія труда выражается въ договорахъ и проч. Проявленіе потребностей приводится къ простымъ постоянно одинаковымъ формамъ, повторяющимся однообразно; въ сочетаніи этихъ потребностей фактически обозначается ихъ природа, такъ что форма отношеній между ними не есть случайная. Образецъ такой гармоніи и примиренія всѣхъ силъ представляетъ природа, а потому, подражая природѣ, человѣкъ можетъ вѣрнѣе всего охранить блага и достигнуть счастія. Таковъ былъ взглядъ многихъ на право: природа и высшій законъ (lex summa) были понятія тождественныя. Естественное право въ этомъ смыслѣ есть первозданное: quod cum ipso genere humano rerum natura prodidit (Paulus). Оно установляется само собою, какъ необходимое логическое послѣдствіе или выводъ изъ опредѣленныхъ явленій жизни.

У Римлянъ это понятіе объ естественномъ правѣ выразилось въ опредѣленіи Ульпіана: Jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit; nam jus istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque feminae conjunctio, hinc liberorum procreatio, hinc educatio. Находя въ правѣ покоренныхъ народовъ институты, тождественные съ римскими, юристы видѣли въ нихъ остатки затеряннаго, но когда-то существовавшаго общаго кодекса или одного закона, который, по выраженію Цицерона, saeculis omnibus ante nata est, quam scripta lex ulla aut quam omnis civitas constituta. У римскихъ юристовъ встрѣчаются часто выраженія: quae rerum natura prohibentur, quae a rerum natura tribuerentur. *Voigt*, § 62. Монтескьё сводилъ все природное право къ пяти силамъ: влеченію къ Высшему Существу, побужденію людей къ миру, потребности питанія, половому инстинкту и влеченію къ обществу.

Съ другой стороны нравственныя требованія получаютъ также характеръ права, хотя и безъ внѣшней принудительности. Они образуютъ естественное право, еще не получившее полнаго формальнаго осуществленія. Это право неистребимо, оно коренится въ общемъ сознаніи человѣчества, служитъ вѣчнымъ источникомъ направляющей силы, хотя и не сливается съ фактическимъ проявленіемъ жизни, стоитъ отдѣльно отъ него. Это суть тѣ вѣчныя начала справедливости, которыя равно приложимы ко всѣмъ отношеніямъ между лицами. Jus pluribus modis dicitur. Uno modo, cum id, quod semper aequum et bonum est, jus dicitur; id est jus naturale (Paulus). Omnes gentes similiter eo sunt usae: quod enim honestum et justum est omnium utilitati convenit. Такое естественное право коренится въ нравственномъ чувствѣ и въ разумѣ (ratio naturalis, quasi lex quaedam tacita); оно получаетъ всѣ признаки права, когда конкретное приложеніе его къ фактамъ признается всѣми. До тѣхъ поръ это право, по существу своему, не имѣетъ внѣшнеобязательной силы; оно останавливается на индивидуальномъ сознаніи (совѣсти) и не получаетъ объективной формы юридической. Это есть возможность права, но не самое право.

Le droit naturel est la direction individuelle (нравственность) qu aspire à devenir sociale. *Oudot*, II. 116. Блуме принимаетъ естественное право въ томъ же смыслѣ; онъ говоритъ о божественныхъ законахъ: sie sind nur Keime, nicht das, was wir Quellen des Pechts zu nennen pflegen. *Bluhme*, I. 119.

Такъ какъ источникъ нравственности и высшій разумъ есть Богъ, то это право называютъ иногда *божественнымъ правомъ*. Еще Римляне говорили: sed naturalia quidem jura, quae apud omnes gentes peraeque servantur, divina quadam Providentia constituta, semper firma atque immutabilia permanent (Inst. I. 2). Unus erit communis quasi magister et imperator omnium Deus, ille

hujus legis inventor, disceptator, lator (Cic.) Отцы церкви (Августинъ, Исидоръ) ввели терминъ jus divinum для тѣхъ юридическихъ положеній, которыя заключались въ Св. Писаніи. Это повело къ отысканію объективнаго формулированнаго божественнаго права, которое видѣли въ законахъ моисеевыхъ. Хотя Томасъ Аквинскій отвергалъ ихъ обязательность, однако многіе вопросы рѣшались по моисеевымъ законамъ, напр. о препятствіяхъ къ браку и пр.; уже въ 1756 король датскій обращался къ юридическому факультету въ Копенгагенъ съ вопросомъ: допускается ли по божественному праву помилованіе неумышленныхъ убійцъ. Ср. *Falck*, 98—107. — Государство не всегда можетъ слѣдовать высокимъ правиламъ христіанства и имѣетъ свои правила, не становясь чрезъ то недостойнымъ христіанства. Слова *Филарета* московск. — Вальтеръ объясняетъ значеніе божественнаго права въ смыслѣ естественнаго: «врожденное человѣку стремленіе къ образованію, въ особенности же чувство добра и справедливости не только сотворено Богомъ, но составляетъ часть божественнаго существа; во вторыхъ задатки жизненнаго порядка, который человѣкъ можетъ установить, положены такъ глубоко въ физическій и духовной природѣ человѣка, что онъ иначе не можетъ установить этотъ порядокъ: семейство, государство, человѣчество суть Богомъ изволенныя и слѣд. божественныя учрежденія, которыя человѣкъ образуетъ силою свойственныхъ его природѣ необходимости и свободы. *Walter*, Naturrecht, 15. — Томасъ Аквинскій отличалъ естественное и положительное божественное право и видѣлъ въ нихъ двоякое выраженіе вѣчнаго закона. Лейбницъ подраздѣлялъ божественное право на естественное и на положительное: jus naturale est, quod ex sola ratione naturali sciri potest, sine revelatione. Ср. *Walter*, N. R. 541 и слѣд.

Гораздо правильнѣе принимать божественное право въ смыслѣ власти не юридической, а основанной на религіозномъ вѣрованіи; право принимается здѣсь синонимомъ власти; такъ можно говорить о божественномъ правѣ государей, о религіозномъ значеніи брака, который еще Римляне называли divini et humanis jurio communicatio (Modest.).

XV. Фактическая и нравственная сторона, остающіяся раздѣленными въ естественномъ правѣ, сливаются въ

одно цѣлое чрезъ обобщеніе фактовъ и признаніе обязательности ихъ по началу равенства для всѣхъ. Выраженіемъ этого сліянія служитъ строгое право.

Оно установляетъ твердыя типическія формы внѣшнихъ дѣйствій и охраняетъ только тѣ факты, которые съ ними совпадаютъ. Право становится тождественнымъ съ формальнымъ выраженіемъ дѣятельности и въ немъ полагаетъ различіе между юридическимъ и неюридическимъ. Такъ напр. неформенный документъ считается не имѣющимъ силы, чрезъ пропущеніе срока лицо лишается своего права, перевѣсъ одного голоса даетъ значеніе большинству и пр. Здѣсь всегда преобладаніе на сторонѣ факта, который логически подводится подъ опредѣленный для него типъ, охраняемый со всею строгостью. Но въ этой строгости заключается и нравственный элементъ: формальное право для всѣхъ равно, его непреложная обязательность распространяется на всѣхъ одинаково и самыя формы его не представляютъ собою чего-либо случайнаго, но служатъ необходимымъ выраженіемъ жизни. Строгое право даетъ этому выраженію опредѣленность; безъ него дѣятельность лицъ поставлена была бы въ зависимость отъ измѣнчивыхъ субъективныхъ убѣжденій. Опираясь на всѣмъ извѣстную форму, каждый можетъ быть увѣреннымъ въ осуществленіи своихъ правъ и несетъ отвѣтственность за уклоненіе отъ опредѣленнаго типа дѣятельности. Точныя формы придаютъ праву безусловную силу, потому что дѣлаютъ распознаваемыми охраняемыя имъ отношенія; онѣ ограждаютъ свободу и укрѣпляютъ ее, установляя твердо и осязательно область дозволеннаго. Строгое право не различаетъ особенностей въ положеніи дѣятелей; оно охраняетъ типическія формы отношеній между лицами, независимо отъ благъ, которыя ими достигаются и для

которыхъ они существуютъ: quod quidem perquam durum est, sed ita lex scripta est.

Іерингъ называетъ формы школою дисциплины и права. Die Form ist die geschworene Feindin der Willkühr, die Zwillingsschwester der Freiheit. *Jhering*, II. 497. Въ томъ же смыслѣ говоритъ о формахъ Бенжаменъ-Констанъ (Polit. const. I. 302): ce qui préserve de l'arbitraire c'est l'observance des formes. Les formes sont les divinités tutelaires des associations humaines, les formes sont les seules protectrices de l'innocence. Блунчли формулированное право называетъ его культурою: das wesenhafte Recht ist zunächst Natur, das formulirte ist vorzüglich Kultur (Staatswörterb. VIII. 498). Формальное право есть то, которое выражаетъ сущность права, то есть отвлеченно отъ его предмета. Форма есть то, что́ существуетъ всегда, независимо отъ содержанія; поэтому форма всегда одинакова, напротивъ содержаніе можетъ измѣниться. *Tolomei*, 51. У насъ формальное и матеріяльное право часто употребляются какъ синонимы охранительнаго и опредѣлительнаго.

XVI. Охраняя общія формы отношеній между лицами, строгое право можетъ противурѣчить благу, которое зависитъ отъ разнообразія фактическаго проявленія жизни. Нравственное начало справедливости приносится въ жертву механическому равенству и формальное отношеніе служитъ орудіемъ насилія: во всей строгости приложенное право противурѣчитъ своей сущности, становится jus iniquum. Summum jus summa injuria.

Поэтому необходимо, чтобы право возвысилось до полнаго слiянія фактическаго и нравственнаго элемента, чтобы оно прилагалось ко всему разнообразію жизни и чтобы охраняемое отношеніе дѣйствительно было формою достиженія блага. На этой ступени право получаетъ значеніе правды и милости, aequitas, Billigkeit, equity, equité.

Billigkeit есть высшій родъ права, и по связи его съ добромъ сдѣлалась тождественною съ добротою — benignitas, gratia. *Cha-*

lybaeus, II. 53. Въ Высочайшемъ манифестѣ о введеніи новыхъ судовъ сказано: *правда* и *милость* да царствуютъ въ судахъ.— Justitia есть согласіе съ правомъ вообще, а слѣд. и съ jus aequum. Billig отъ bill, гладкій, ровный, синонимъ recht: was dem einen recht ist, ist dem Andern billig.

Во имя блага право отступаетъ отъ своей строгой формы, отъ механическаго порядка и логическихъ обобщеній. Оно вступаетъ въ область жизненной правды и признаетъ дѣйствительное неравенство тамъ, гдѣ формально предполагалось равенство. Такимъ образомъ изъ строгаго права допускаются исключенія; ratio aequitatis признается дѣйствующимъ contra juris rationem, contra legem. Какъ скоро формы оказываются стѣснительными для жизни, онѣ должны быть соглашены съ ея требованіями или измѣнены вовсе; иначе право, ревниво охраняющее только форму, становится jus subtile.

Только нравственное и фактическое разнообразіе выводитъ право изъ его узкой ограниченности и служитъ источникомъ новой силы и творчества. Право, заимствуя отъ нравственности ея индивидуальный характеръ, примѣняется къ отдѣльнымъ положеніямъ лица; и чѣмъ разнообразнѣе общественный бытъ, тѣмъ менѣе соотвѣтствуетъ ему отвлеченная общность права и тѣмъ необходимѣе становится отступать отъ нея (*Voigt*, 18). Aequitas est honestas: въ ней право восполняетъ свое несовершенство, даетъ просторъ требованіямъ честности. Правда и милость не подрываютъ значенія права, а исправляютъ его въ приложеніи къ отдѣльнымъ случаямъ: aequum est quo lex corigitur (Grotius). Inter jus et aequitatem hoc interest: jus est quod omnia recta et inflexibilia exigit, aequitas est quae de jure multa remittit (Donatus).

Das Recht, das in der Form seine Stärke besitzt, hat auch in der Form seine Sewäche. *Trendelenburg*, 88. — Въ строгомъ

правѣ возможенъ Conflict der Gleichheitsidee mit sich selbst, d. i. die Unbilligkeit: то, что̀ въ дѣйствительности неравно, принимается за равное. *Jhering*, II. 85.

Чѣмъ болѣе прилагается aequitas, тѣмъ возможнѣе движеніе жизни безъ частой перемѣны въ строгомъ правѣ. У Римлянъ право имѣло сначала отвлеченный характеръ, вслѣдствіе неразвитости хозяйства и отсутствія сословій; затѣмъ aequitas смягчала строгія юридическія положенія и творила новое право, безъ измѣненія старыхъ формъ. У новыхъ народовъ право впало въ другую крайность: оно началось съ индивидуальныхъ предписаній, съ дробныхъ виръ и пр., и затѣмъ уже достигало обобщенія. Римское jus strictum было по преимуществу право патриціанское и сацердотальное; aequalitas, добросовѣстность, отсутствіе формы есть принципъ плебейскій.

XVII. Примиреніе между жизненною правдою и строгимъ правомъ совершается въ различныхъ формахъ. Такъ, прежде всего право старается дать опредѣленное выраженіе требованіямъ жизни и нравственности и установляетъ *привилегіи*, jus singulare для извѣстныхъ исключительныхъ положеній лица. Эти привилегіи не противурѣчатъ началу справедливости или равенства передъ закономъ, aequabilitas, потому что относятся къ типическимъ отношеніямъ лицъ, а не къ индивидуумамъ: jus enim semper est quaesitum aequabile, neque aliter esset jus (Cic.). Таковы напр. привилегіи малолѣтнихъ, женщинъ, отсутствующихъ и проч.

Далѣе право указываетъ на фактическое разнообразіе жизни и соотвѣтственно съ нимъ опредѣляетъ извѣстную *подвижность* своихъ предписаній и запрещеній; напр. установляется maximum и minimum наказаній, группируются обстоятельства увеличивающія и уменьшающія вину и пр. Наконецъ правда и милость могутъ потребовать, чтобы право вовсе не прилагалось къ данному случаю и это выражается въ институтѣ *помилованія*. Такъ какъ помилованіе совершается въ интересѣ

правды, то никто не можетъ отказаться отъ него, потому что иначе преступникъ или подсудимый препятствовалъ бы выраженію нравственной силы.

Во всѣхъ этихъ случаяхъ правда и милость является какъ corrigens права, его смягченіемъ, исправленіемъ. Въ этой формѣ право является во всемъ величіи своей нравственной силы, охраняя личную и общественную честность: кто, повидимому, теряетъ отъ непрпложенія строгаго права, тотъ восполняетъ въ области нравственной эту потерю. Такъ, если у кого-либо отнятъ хлѣбъ умирающимъ отъ голода, то безнаказанность укравшаго не поколеблетъ права собственности; спокойствіе общества не подвергается опасности, если останется безъ наказанія преступникъ, находившійся въ исключительныхъ обстоятельствахъ и проч.

XVIII. Но сверхъ того справедливость или правда имѣетъ и самостоятельное бытіе. Кромѣ формулированныхъ положеній права, въ каждомъ обществѣ существуетъ сознаніе и убѣжденіе о справедливости, какъ разумъ фактическихъ и нравственныхъ требованій: id quod natura aequum est, quod naturalis ratio inter omnes gentes constituit. Существуютъ безспорно общія юридическія истины, хотя и не облеченныя въ форму строгаго права, но служащія для него источникомъ и дополняющія его. Онѣ имѣютъ всеобщій характеръ, прилагаются къ разнообразнымъ отношеніямъ и отражаютъ въ себѣ совокупность обоихъ элементовъ права: quod semper aequum et bonum est jus dicitur (Paulus).

Такое раціональное право получаетъ разнообразное приложеніе въ жизни. Оно замѣняетъ строгое право въ тѣхъ случаяхъ, когда извѣстныя отношенія остаются безъ юридическаго опредѣленія: hoc aequitas suggerit, etsi jure deficiamur (Paulus). Дѣйствительно, многія блага не мо-

гутъ быть охранены по недостаточности средствъ для того, многія отношенія не могутъ быть доказаны фактически; во всѣхъ этихъ случаяхъ необходимо обращаться къ непосредственному источнику права — къ справедливости. Такъ напр. возможны договоры, неимѣющіе строго-юридическаго характера, но тѣмъ не менѣе обязательные; источникомъ для рѣшенія возникающихъ изъ нихъ споровъ служитъ добросовѣстность или честность отдѣльныхъ лицъ: посредники (bonae fidei judices), не имѣя строгаго закона для приложенія, рѣшаютъ дѣло по совѣсти: quantum aequius, melius. Присяжные служатъ органами общественной совѣсти и юридическаго убѣжденія; въ международныхъ отношеніяхъ мѣсто строгаго права заступаетъ разумъ и справедливость. Безъ такого жизненнаго обновленія права, оно потерялось бы въ мертвой формѣ и истощилось бы въ отвлеченныхъ положеніяхъ; совѣсть, сознаніе, присущее обществу, напротивъ одухотворяетъ право, даетъ ему смыслъ, служитъ мѣриломъ его приложимости; оно поддерживаетъ и укрѣпляетъ довѣріе, безъ котораго невозможны отношенія между лицами.

Въ нѣкоторыхъ странахъ это право, вытекающее изъ разума фактовъ и изъ добросовѣстности, образуетъ особую систему, которая дополняетъ строгія юридическія нормы; въ другихъ оно или выражается въ опредѣленіи фактической стороны вопроса (присяжные), или же служитъ для истолкованія строгаго права; но повсюду признается духъ закона, смыслъ его и проч. Въ Англіи канцлерское право или Equity получило особенное развитіе, какъ выраженіе добросовѣстности и защиты безпомощныхъ; ему исключительно подчиняется рѣшеніе вопросовъ, возникающихъ изъ довѣренности и изъ охраненія лицъ неправоспособныхъ, напр. дѣтей и сумас-

шедшихъ. Въ другихъ случаяхъ къ equity обращаются, если желаютъ конкретнаго исполненія обязательствъ и не довольствуются денежнымъ вознагражденіемъ, на которомъ останавливается формальное право; такъ напр. при неисполненномъ договорѣ о продажѣ земли, лицо, желающее непремѣнно получить эту землю, обращается къ канцлеру, а искъ о нарушеніи договора можетъ подлежать рѣшенію строгаго права (*Haynes*, 94).

Billigkeit есть выраженіе того, что̀ можно назвать юридическимъ убѣжденіемъ человѣка. Она подвижна, какъ идея, воспріимчива для каждаго содержанія и можетъ измѣнять требованія въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ. *Voigt*, 18. — Aequitas есть найденныя чрезъ истолкованіе ratio закона или дѣйствительная воля контрагентовъ. *Dankwardt*, Stud. 121. — Equity въ техническомъ смыслѣ составляютъ тѣ положенія естественной справедливости, которыя могутъ перейти въ право, но опущены имъ; поэтому различіе здѣсь есть дѣло исторіи, а не принципа. *Haynes*, 7. — Фалькъ называетъ общія положенія права allgemeine Rechtswahrheiten, а также natürliches Recht, потому что они выводятся изъ природы общества и совершающихся въ немъ фактовъ. Въ нихъ выражается безусловная истина, независящая отъ особыхъ цѣлей или отъ нравственнаго чувства; поэтому раціональное право прилагается къ вопросамъ вещнаго права и не касается положеній лица. *Falck*, 91, 92. Въ австрійскомъ гражд. кодексѣ (§ 7) говорится о natürliche Rechtsgrundsätze въ смыслѣ общаго смысла или духа законовъ. У Римлянъ aequitas означала также общій разумъ права: aequitas est laxamentum juris; aequitas paribus in causis paria jura desiderat; aequitas nihil est quam benigna et humana juris scripti interpretatio. Вообще право въ своемъ высшемъ проявленіи не останавливается на внѣшности, а проникаетъ въ смыслъ дѣйствія и отношенія лицъ. Оно охраняетъ добросовѣстность сдѣлки, цѣль закона и нравственныя требованія общества. Такъ напр. если обязательство заключено безъ соблюденія извѣстныхъ формъ или несовершеннолѣтними, если кредиторъ потерялъ искъ отъ упущенія формъ процесса и тому под.; — во всѣхъ этихъ случаяхъ добросовѣстность требуетъ исполненія. *Massol*, 11. Нѣкоторые относятъ сюда обязанность платить долги по игрѣ; другіе же счи-

таютъ игру явленіемъ безнравственнымъ и прилагаютъ къ ней правило: in pari causa melior est conditio possidentis.

У насъ судъ исключительно по совѣсти допускается только въ третейскихъ судахъ (Уст. Гр. Суд. 1387); онъ можетъ рѣшать всѣ споры, подлежащіе разсмотрѣнію гражданскихъ судовъ, кромѣ дѣлъ: о личныхъ правахъ состоянія, объ интересахъ малолѣтнихъ, казны, городскихъ и сельскихъ обществъ (тамъ же, 1368).

XIX. Таковы различныя выраженія справедливости. Право совпадаетъ съ нею все болѣе и болѣе и вмѣстѣ съ тѣмъ возвышается до степени высокаго нравственнаго явленія жизни. Эта живая сила коренится въ сознаніи каждаго, она формулируется болѣе или менѣе точно, получаетъ внѣшнее положительное выраженіе и становится дѣйствительною силою, охраняющею и направляющею.

ГЛАВА VI.

Положительное право.

Beseler, Volksrecht und Juristenrecht. Leipz. 1843. — *Puchta*, Cursus der Institutionen, hrsg. von Rudorf. 3 Bde. Leipz. 1865—66. — *Harum*, Von der Enstehung des Rechts. Innsbr. 1863. — *Chassan*, Essai sur la symbolique du droit. Par., 1847. — K. *Pütter*, Der Inbegriff der Rechtswissenschaft. Berl. 1846. — *Röder*, Grundzüge des Naturrechts. 2 Bde. Leipz. 1860—1863. — *Meyer*, Die Rechtsbildung in Staat und Kirche. Berl. 1861. — *Faselius*, Latium oder das alte Rom in seinen Sprichwörtern. Weim. 1859. — *Hilaire le Gai*, Encyclopädie des proverbes français. Par. 1852. — *Graf und Dietherr*, Deutsche Rechtssprüchwörter. Nördl. 1864. — *Снегиревъ*, Русскіе въ своихъ пословицахъ. 2 т. М. 1834.

1. Право, какъ направляющая общественная сила, образуется только жизнью, выдѣляется изъ нея постоянно, по мѣрѣ того, какъ открывается созидающее значеніе различныхъ формъ достиженія благъ и необходимость дать этимъ формамъ опредѣленность. Пока нѣтъ сознанія о такой необходимости, отношенія между лицами или остаются чисто-фактическими, или выражаютъ собою только нравственныя требованія.

Поэтому справедливо, что каждое право въ своемъ первоначальномъ видѣ есть фактъ; юридическимъ онъ становится только чрезъ признаніе его таковымъ. Поэтому также всякая потребность стремится къ тому, чтобы получить юридическое признаніе, которое слу-

житъ послѣднимъ словомъ для него въ данное время; доюридическое бытіе каждой силы есть случайное, необезпеченное. Нагляднѣе всего можно видѣть это на стремленіи ассоціаціи сдѣлаться юридическимъ лицомъ, на желаніи общества юридически опредѣлить отношенія власти и подчиненія и т. п. Съ другой стороны, прежде чѣмъ установить твердыя формы для выраженія жизни, необходимо дать просторъ силамъ и потребностямъ, чтобы каждая изъ нихъ заявила свою природу и чтобы не охранять того, что̀ не имѣетъ творчества. Исторія показываетъ, что всѣ законодательства болѣе или менѣе шли по этому пути: всѣ первоначальные кодексы имѣютъ уголовный характеръ, они охраняютъ только несомнѣнныя блага (жизнь, собственность), предоставляя самой жизни вырабатывать новыя отношенія или сочетанія силъ. Притомъ, жизнь всегда шире права, она постоянно служитъ для права источникомъ обновленія, въ ней всегда скрываются задатки новаго права (latente Rechtssätze, *Jhering*, I. 31), коренятся новыя силы. Это доказывается напр. необходимостью перемѣнъ въ законодательствѣ, истолкованія законовъ и проч.

Такимъ образомъ право создается изъ жизни и въ ней получаетъ свое видимое бытіе, становится положительнымъ, идея права находитъ свое внѣшнее выраженіе.

Въ этомъ образованіи право проходитъ три ступени. Прежде всего оно сознается, какъ отдѣльная сила, которая должна получить самостоятельное бытіе въ средѣ другихъ общественныхъ силъ. Далѣе право получаетъ опредѣленность чрезъ формулированіе: необходимо, чтобы выражено было ясно и положительно, какія отношенія охраняются имъ и какими средствами. Наконецъ для того, чтобы сдѣлаться дѣйствительною принуждающею

силою, право должно сдѣлаться выраженіемъ опредѣленной общественной власти, олицетворяющей собою юридическія запрещенія и предписанія. Смотря по характеру этой власти и право получаетъ различное значеніе: въ семействѣ, основанномъ на любви, право однозначительно съ нравственностью, въ государствѣ оно выражается въ строгихъ формальныхъ предписаніяхъ, въ международномъ союзѣ оно возвышается на степень жизненной правды.

Право не есть результатъ ни случая, ни человѣческаго произвола, ни человѣческой мудрости; оно не создается ни законодательствомъ, ни философскимъ умствованіемъ. Подобно нравамъ и языку, право выростаетъ на почвѣ отношеній между лицами. Въ юношествѣ народа, въ простомъ быту весь народъ непосредственно сознаетъ свое право; впослѣдствіи это пониманіе доступно только законодателю и юристамъ. *Beseler*, V. R. 59. — Фалькъ считаетъ источниками права: первоначальную природу человѣческихъ отношеній, жизнь народа и законодательную власть. *Falck*, 12.

II. Сознаніе о правѣ принадлежитъ сначала отдѣльнымъ лицамъ и потомъ обобщается все болѣе и болѣе, вслѣдствіе той фактической и нравственной зависимости, которая существуетъ между членами общества. Силою убѣжденія или безсознательнаго подражанія достигается охраненіе опредѣленныхъ жизненныхъ отношеній. Не имѣя юридическаго характера, такой переходъ отъ индивидуальнаго къ общему не подчиняется внѣшнему опредѣленію. Понятіе объ общемъ не представляетъ собою количественной величины; иногда немногія лица сознаютъ что-либо, какъ право, и это сознаніе получаетъ господство, иногда же вся масса общества понимаетъ одинаково отношенія другъ къ другу, основываясь на всѣмъ присущемъ нравственномъ требованіи. Но такъ какъ сознаніе есть творчество и только лицо творитъ

что-либо новое, то народныя легенды связываютъ происхожденіе права съ извѣстнымъ историческимъ или миѳическимъ лицомъ (*Fichte*, I, 55). Съ другой стороны личная отдѣльность въ дѣлѣ сознанія юридически не ограничена и противъ убѣжденія многихъ можетъ выступить убѣжденіе одного; не количество мнѣній даетъ имъ значеніе, а ихъ согласіе съ справедливостью, которая присуща каждому обществу.

На сознаніе о правѣ имѣютъ вліяніе отчасти богатство и разнообразіе жизненныхъ явленій, на которыхъ оно основывается, отчасти же врожденная способность извѣстнаго общества къ юридическому мышленію. Хотя нравственныя требованія всѣхъ цивилизованныхъ обществъ одинаковы и вытекаютъ изъ одной религіи, однако не всѣ равно способны къ логическому выводу понятій, къ сочетанію элементовъ права. У однихъ народовъ юридическія положенія остаются невыдѣленными изъ нравственности и факта, у другихъ они образуютъ самостоятельное цѣлое, на которомъ отражаются всѣ духовныя способности и задатки.

Въ этомъ смыслѣ говорятъ, что право есть выраженіе народнаго духа. Der eigentliche Sitz des Rechts ist das gemeinsame Bewustsein, die gemeinsame Ueberzeugung des Volkes. *Savigny*, Beruf. 30. — Der Volksgeist ist die Quelle des menschlichen Rechts, der rechtlichen Ueberzeugungen, die sich in den einzelnen Gliedern bethätigen. *Puchta*, Inst. I. 22.

III. Сознанію доступны прежде всего внѣшніе признаки права и юридическія положенія, въ которыхъ выражается то, что̀ повторяется постоянно и должно повторяться. Право сознается, какъ предписаніе на каждый отдѣльный случай, служащее руководствомъ человѣческой дѣятельности и установляющее внѣшній порядокъ; смыслъ самой дѣятельности и охраняемыхъ отно-

шеніи или объясняется религіею, или остается недоступнымъ пониманію. Поэтому первоначально юридическія правила имѣютъ характеръ внѣшній и формальный; въ нихъ выражается фактическая непосредственная связь лица съ предметомъ его права, напр. прямое воздѣйствіе на вещь, признаки отеческой власти и проч.

Отъ внѣшнихъ признаковъ сознаніе переходитъ къ юридическимъ понятіямъ путемъ логическаго отвлеченія и обобщенія. Хотя эти понятія находятся въ зависимости отъ фактовъ и нравственныхъ требованій, однако какъ понятія они имѣютъ отдѣльное бытіе. Такъ напр. собственность въ юридическомъ смыслѣ не есть хозяйственная сила, а совокупность признаковъ, образующихъ власть; договоръ становится отношеніемъ лица къ лицу; право вообще отдѣляется отъ своей матеріи и необходимо получаетъ характеръ отвлеченный, хотя и не остается въ области чистаго мышленія (*Arnold*, 320). Одни изъ этихъ понятій имѣютъ самостоятельное бытіе, потому что опредѣляютъ конкретную власть лица, другія же служатъ дополненіемъ къ нимъ и относятся не къ существу права, а къ условіямъ его приложенія. Такъ напр. самостоятельныя юридическія понятія суть: собственность, покупка, завѣщанія; къ производнымъ относятся: просрочка, ошибка, недѣйствительность, давность, modus, conditio. Сами по себѣ эти понятія не представляютъ ничего юридическаго и по своему отвлеченному характеру относятся одинаково ко многимъ конкретнымъ отношеніямъ; не измѣняя сущности права, они опредѣляютъ его жизненное значеніе для извѣстнаго лица.

Іерингъ называетъ самостоятельныя понятія — concrete Rechtskörper, а дополнительныя — абстрактными; первыя онъ сравниваетъ съ гласными буквами, а вторыя съ согласными *Jhering*, II.

372. — Нужна значительная степень юридическаго мышленія, чтобы выразить всѣ признаки права въ понятіяхъ. Весьма долго эти понятія не отличаются отъ матеріи; такъ напр. въ Германіи только въ 13-мъ вѣкѣ появляются отвлеченныя понятія Eigenthum, Erbrecht и пр.; до того времени право собственности выражалось названіемъ его признаковъ или предметовъ: Eigen, Habe, Zins, Rente, Zehente; у насъ собственность какъ право и предметъ этого права обозначаются однимъ и тѣмъ же словомъ; для выраженія признаковъ ея употреблялись слова вотчина и помѣстье; для владѣнія признакомъ служило: куда соха, коса и топоръ ходили. И теперь еще въ Сводѣ Законовъ нѣтъ опредѣленія права собственности, какъ понятія.

Наконецъ юридическія положенія и понятія, какъ самостоятельныя, такъ и производныя, сознаются не отдѣльно, а въ связи между собою и съ опредѣленнымъ жизненнымъ отношеніемъ: образуется сознаніе объ юридическомъ институтѣ. Изъ положеній, соблюдаемыхъ при переходѣ имущества отъ одного лица къ другому и изъ понятія о правѣ на имущество образуется институтъ купли-продажи; изъ различныхъ положеній, въ которыя становится собственникъ и изъ признаковъ права собственности образуется ея институтъ и пр. Каждое отношеніе представляется въ своей цѣлости, съ опредѣленіемъ существа и со всѣми фактически-возможными условіями приложенія.

Въ анализѣ институтовъ Іерингъ различаетъ онтологію ихъ, т. е. изслѣдованіе свойствъ и силъ (структура), феноменологію или проявленіе и телеологію или цѣль института. *Jhering*, I. 27.

IV. Одного сознанія, какъ бы глубоко и разнообразно оно ни было, для права недостаточно. Юридическія положенія и понятія требуютъ непремѣнно внѣшняго выраженія или формулированія, для котораго орудіемъ служатъ дѣйствія и слово. Чѣмъ разнообразнѣе понятія, тѣмъ бо́льшею пластичностью отличается право и

внѣшнее выраженіе должно соотвѣтствовать вполнѣ этой пластикѣ: формъ должно быть ни больше ни меньше, чѣмъ самыхъ понятій; излишество, равно какъ и недостатокъ формъ указываютъ на ненормальное положеніе права: оно или страдаетъ излишнимъ формализмомъ, или недостаткомъ опредѣленности. Слово представляетъ собою болѣе духовную форму выраженія права; въ немъ юридическія понятія должны быть воспроизведены всецѣло, предписанія и запрещенія обобщаются на сколько возможно; но по своему характеру слово можетъ потерять связь съ жизненнымъ отношеніемъ, и необходимо всегда восходить къ его смыслу. Дѣйствіе болѣе осязательно, точно, индивидуально, хотя по своей дробности оно не въ состояніи выразить понятія во всемъ его объемѣ и легко ведетъ къ смѣшенію юридическаго съ неюридическимъ. Поэтому обѣ формы выраженія права равно существенны и необходимы; онѣ дополняютъ другъ друга и никакое право не можетъ ограничиться только словомъ, а непремѣнно проявляется также въ обычаяхъ, обрядахъ, символахъ и проч.

Формализмъ не тождественъ съ пластикою права. Право можетъ быть богато формами, символическими дѣйствіями и не имѣть пластики, если внѣшнихъ формъ больше, чѣмъ внутренняго разнообразія, выраженій больше, чѣмъ понятій. *Jhering*, II. 15.

V. Такъ какъ до образованія юридическихъ понятій право представляется только въ своихъ признакахъ, то прежде всего выраженіемъ права служитъ все, на чемъ отпечатлѣваются эти признаки. Для наглядnаго представленія этихъ признаковъ избираются извѣстные предметы и дѣйствія, которыя служатъ ихъ символами или образными выраженіями. Производя непосредственное впечатлѣніе, символы видимымъ образомъ охраняютъ отдѣльность лица или его власть. Въ существѣ права ле-

житъ необходимость такихъ внѣшнихъ знаковъ, которыми опредѣляется и закрѣпляется дѣятельность человѣческая (матеріялизмъ права): деньги, векселя, всѣ письменные документы, жесты служатъ символами вещей и дѣйствій. Но первоначально символическое выраженіе права было преобладающимъ и почти исключительнымъ; понятія и признаки права находили въ нихъ свое формулированіе; въ символахъ и символическихъ обрядахъ заключалось все право, если только оно не входило въ область религіи. Такъ образовалось множество юридическихъ символовъ: палка означала судъ и власть, разламываніе палки—судебный приговоръ, мечъ — право наказанія, бросаніе копья — объявленіе войны, мантія — защиту, ключъ — право домохозяина, ношеніе шляпы — свободнаго человѣка, кольцо — обрученіе и бракъ, рукобитье—заключеніе договора и пр. Въ этихъ символахъ отражалась поэзія права и наглядное представленіе о немъ; по сохранившимся остаткамъ символовъ юридическихъ можно воспроизвести народное воззрѣніе на право, а съ тѣмъ вмѣстѣ и на всѣ жизненныя отношенія.

Символизмъ въ правѣ сохранялся въ символахъ, символическихъ дѣйствіяхъ и преданіяхъ. Вотъ нѣсколько примѣровъ этого первоначальнаго права. *Огонь* означалъ собственность: въ Германіи новый собственникъ зажигалъ свой огонь и гасилъ прежній; во Франціи клали солому на землю, которая назначалась въ публичную продажу; эта солома сжигалась, когда продажа бывала совершена; а въ настоящее время при аукціонной продажѣ соблюдается слѣдующій обрядъ: зажигаются свѣчи, горящія около одной минуты; пока не сгоритъ три свѣчи, продажа не считается состоявшеюся, а если въ продолженіи ихъ горѣнія цѣна повысится, то нужно сжечь еще двѣ свѣчи (Code de procédure, art. 705, 706). Тотъ же обычай сохранился въ Женевѣ и въ Виртембергѣ. Подать взималась съ огня, съ дыма. *Chassan*, 96. Огонь представлялъ также духовное начало, былъ символомъ божественнаго

права, какъ вода служила символомъ гражданскаго права; отсюда aquae et ignis interdictio. — *Рука* и *нога* означали владѣніе: possessio apellata est a pedibus quasi positio (Labeo). При продажѣ продавецъ снималъ руку съ продаваемой вещи, а покупщикъ накладывалъ ее; если продавалось недвижимое, то продавецъ приносилъ кусокъ земли, феодальный баронъ бралъ въ руки палку и, давая конецъ ея покупщику, произносилъ: je vous en saisis sauf tous les droits (въ Англіи, во Фландріи, въ Артуа). Лица, не имѣвшія права пріобрѣтать собственность, назывались людьми de main morte, лица безъ собственности — gens de basse main. Такъ какъ на правѣ собственности основывалась судебная власть, то для этой послѣдней символомъ служила также рука. Вассалы клали свои руки въ руки феодальнаго господина; по древнимъ французскимъ конкордатамъ епископы давали присягу entre les mains короля. Двѣ руки означали договоръ; manu datum — mandatum. — *Перчатка и плащъ* имѣли также символическое значеніе. Еще по саксонскому зерцалу судьямъ запрещалось быть въ перчаткахъ; то же прилагается и къ адвокатамъ. При судебныхъ поединкахъ перчатка бросалась среди сражающихся; перчатка передавалась судьѣ, который вручалъ ее тому, кому подарена или продана вещь. *Chassan*, 143. Плащъ означалъ защиту: усыновленные покрывались плащомъ и назывались Mantelkinder; вассалъ, давая клятву въ вѣрности, снималъ свой плащъ, въ знакъ того, что онъ не имѣлъ другой защиты, кромѣ короля (обычай снимать верхнее платье въ передней имѣетъ тотъ же смыслъ); вдова вассала, отказывавшаяся отъ лена своего мужа, клала плащъ на его могилу (иногда также ключи). — *Преданіе о волкахъ*, loupsgarous, caput lupinum gerentes, символически означало лишеніе всѣхъ правъ: въ октябрѣ мѣсяцѣ колдуны и другіе преступники переплывали рѣку и превращались въ волковъ; отсюда въ англосаксонской и рипуарской правдѣ встрѣчается формула: wargus sit; wargis (по-исландски Wargr) означаетъ волка. — Символы сохранились преимущественно въ свадебныхъ обрядахъ; они существуютъ, какъ выраженіе понятій юридическихъ; таковы напр. гербъ, флагъ, зерцало, корона (шаровидная форма ея изображаетъ земной шаръ, а впадина по срединѣ — океанъ). Въ юридической терминологіи можно найдти признаки символовъ: capacitas, capitis diminutio, manus, servitus, persona — всѣ эти слова образовались изъ символовъ.

VI. Отъ символовъ и символическихъ дѣйствій формулированіе права переходитъ къ слову. Оно находитъ высшее, болѣе общее и духовное выраженіе свое въ изреченіяхъ, которыя напечатлѣваются въ умѣ человѣка и направляютъ его дѣятельность, и по мѣрѣ установленія юридическихъ понятій образуются особые юридическіе термины.

Прежде всего отдѣльныя юридическія положенія получаютъ форму стиховъ и пословицъ, легче удерживающихся въ памяти и соотвѣтствующихъ символамъ. У Грековъ одно и то же слово означаетъ законъ и пѣснь; Цицеронъ называетъ законы 12-ти таблицъ carmen; въ средніе вѣка лицо, провозглашавшее законъ, носило названіе incantator publicus; la lyra significava la legge, говоритъ Вико. Чѣмъ древнѣе юридическія положенія, тѣмъ больше сохраняютъ они слѣдовъ поэтическаго языка.

Шассанъ приводитъ нѣсколько примѣровъ поэтической формы тавтологіи, существующей до сихъ поръ въ юридическомъ языкѣ: faisons et donnons, voulons et entendons, defendons et prohibons, sain et sauf et vivant, plein et entier effet. Римскія положенія 12-ти таблицъ онъ излагаетъ стихами:

Qui in servitute est
Usucapere non potest;
Nam cum possideatur,
Possidere non videtur.

Qui possidet et contendit
Deum tentat et offendit.
Bona fides non patitur
Ut bis idem exigatur.

Пословицы суть образныя и символическія выраженія юридическихъ нормъ, имѣющія форму размѣренной рѣчи. Это первыя попытки отвлеченно представить положенія права, какъ выводъ изъ нѣсколькихъ конкретныхъ

понятій. При развитіи юридическаго сознанія и анализа, пословицы получаютъ значеніе паремій, то есть основныхъ положеній права, въ первоначальномъ же своемъ видѣ онѣ отражаютъ народное воззрѣніе на отношенія между лицами.

Vox unius, vox nullius.
Voix d'un, voix de nun.
Testis unus, testis nullus.
Necessité n'a loi, foi, ni roi.
Chacun son droit, chacun chez soi.
Le mort saisit le vif.
Le roi ne meurt pas.
The king never dies.
Отрѣзанный ломоть къ хлѣбу не пристаетъ (отдѣленныя дѣти).
Большой палецъ и мизинецъ равно болятъ (о наслѣдствѣ).
Съ чужаго коня среди грязи долой (о правѣ иска).
Сестра при братѣ не вотчинница (о наслѣдствѣ).
Чинъ чина почитай, а меньшой садись на край (о мѣстничествѣ).
Die Luft macht eigen (въ селахъ), die Luft macht frei (въ городахъ).
Hut bei Schleier, Schleier bei Hut (общеніе имущества мужа и жены).
Der nächste am Blut, der nächste am Grut (о наслѣдствѣ).
Ein Mann, ein Wort (о договорахъ).

Въ пословицахъ нерѣдко юридическое смѣшивается съ неюридическимъ, а потому онѣ недостаточны для выраженія права. Необходимо, чтобы въ точномъ словѣ опредѣлена была власть каждаго лица и дано было руководство для его дѣятельности. Юридическій языкъ есть выраженіе ясныхъ юридическихъ понятій; онъ отличается отъ обыкновеннаго языка своею опредѣленностью, съ извѣстнымъ техническимъ словомъ связано только данное понятіе, часто недоступное для незнакомаго съ терминологіею права. Такъ напр. различіе между резолюці-

ею и рѣшеніемъ, между существомъ дѣла и его существеннымъ значеніемъ (формальный вопросъ имѣетъ иногда болѣе важности); въ договорахъ между лицами право принимаетъ то значеніе словъ, которое они имѣютъ въ спеціальной сдѣлкѣ, напр. «будущіе товары» въ торговомъ правѣ.

По мнѣнію Іеринга, для права лучше всего сохранить латинскую терминологію. Переводъ на новые языки не приноситъ никакой пользы: какъ крестьянину недоступны алгебраическія формулы, хотя бы онѣ написаны были извѣстными ему знаками, такъ неюристу недоступны юридическія понятія, хотя и выраженныя обыкновеннымъ языкомъ. *Jhering*, II. 345. Но съ этимъ нельзя безусловно согласиться: есть много понятій, которыя были неизвѣстны Римлянамъ и латинское выраженіе которыхъ совершенно искусственно; съ другой стороны латинская терминологія ограничиваетъ свободное юридическое мышленіе и заставляетъ его не выходить изъ опредѣленной рамки понятій; безъ самостоятельнаго народнаго слова нѣтъ самостоятельной мысли. — Тотъ же авторъ проводитъ паралель между различными степенями предписанія и грамматическими формами: повелительное наклоненіе есть выраженіе категорическаго требованія, сослагательное — болѣе мягкая форма приказанія, неопредѣленное служитъ формою приговора, а изъявительное — объявленія. *Jhering*, II. 627.

VII. Сознаніе и формулированіе права дѣлаютъ возможнымъ его существованіе какъ направляющей силы. Но для того, чтобы право получило этотъ характеръ, необходимо его **приложеніе**. Безъ приложенія право какъ сила не существуетъ: оно сознается и формулируется для того, чтобъ прилагаться къ жизни, охранять ее. Наоборотъ, приложеніе сообщаетъ юридическій характеръ тому, что прежде считалось только фактомъ или нравственнымъ требованіемъ: одинаковая обязательная сила придается не только предписаніямъ, основаннымъ на началахъ справедливости, но и тѣмъ, которыя признаются необходимыми во имя пользы.

Приложеніе (Uebung) есть послѣдній моментъ, въ которомъ право существующее, живущее въ убѣжденіи народа, выражается вполнѣ и получаетъ тѣло; только въ этомъ моментѣ право распознаваемо. *Puchta*, Inst. 28. — Da ein bestimmtes Wollen, als Macht, nur in seiner Bethätigung ercheint, so kann Recht nur durch wirkliche Uebung, durch die Gewohnheit entstehen. *Harum*, 19. — Das Recht hat seine Wurzel nicht im Bewustsein, sondern im Willen der Nation. *Glaser*, 48.

VIII. Приложеніе права есть послѣдняя ступень его образованія. До этого момента право не имѣетъ еще полнаго бытія; только въ соприкосновеніи съ жизнью оказывается, на сколько его сознаніе и формулированіе соотвѣтствуетъ фактическимъ и нравственнымъ требованіямъ общества. Начала справедливости и пользы, высшія указанія религіи, разнообразныя отношенія между лицами, особенности нравовъ и характера — однимъ словомъ, всѣ движущія силы жизни и ихъ проявленіе отражаются на правѣ.

Олицетвореніемъ такого разнообразія и органомъ единства, существующаго въ немъ, служитъ общественная власть. Она представляетъ собою интересы всѣхъ отдѣльныхъ лицъ, стремленія и требованія каждаго и возводитъ ихъ къ единому выраженію въ правѣ. Поэтому общественная власть формулируетъ право, существующее въ сознаніи общества, какъ нравственнаго цѣлаго (не въ смыслѣ количественной величины) и охраняетъ приложеніе юридическихъ нормъ, — служитъ органомъ права и правосудія. Эта власть не стоитъ внѣ общества; она живетъ одною съ нимъ жизнью, имѣетъ одни и тѣже интересы и лично (непосредственно) представляетъ только единственную потребность — общенія; поэтому она не творитъ права извнѣ, а находитъ его готовымъ и сама подчиняется ему. Постоянное творче-

ство права принадлежитъ отдѣльнымъ лицамъ, которыя выражаютъ свое сознаніе или фактическимъ приложеніемъ извѣстныхъ нормъ, или же разъясненіемъ и установленіемъ общихъ юридическихъ началъ.

Отсюда три формы положительнаго права: обычное право, законъ и право юристовъ. Всѣ эти формы связаны между собою однимъ общимъ источникомъ — жизнью, изъ которой онѣ выдѣляются; въ обычномъ правѣ преобладаетъ фактическая сторона ея, въ правѣ юристовъ нравственная, въ законодательствѣ обѣ стороны приводятся въ равновѣсіе. Ни одна изъ этихъ формъ не имѣетъ преимущества передъ другою, онѣ дополняютъ другъ друга и при ихъ взаимнодѣйствіи возможно органическое развитіе права; исключительность же одной какой-либо формы ведетъ къ односторонности юридической жизни.

Формы права иногда называются источниками его; но имъ можно придать это названіе только въ смыслѣ fontes, e quibus juris notitia hauritur. — Вопросъ о значеніи каждой изъ этихъ формъ послужилъ основаніемъ для нѣсколькихъ теорій права; одни ставили выше всего естественное право (право юристовъ), другіе обычное право и полагали, что только въ этомъ послѣднемъ выражается творчество народа. Савиньи (Syst. I. 45) говоритъ: «первоначально всякое право есть народное, къ нему впослѣдствіи привходитъ законодательство и наконецъ право юристовъ, въ которыхъ живетъ право, когда исчезаетъ сила народнаго творчества.» Но законодательство не теряетъ своего народнаго характера, оно очищаетъ обычное право силою общихъ началъ справедливости, приводитъ къ единству разнообразіе фактовъ, не уничтожая его. Такъ же односторонне полагаютъ, что право можетъ быть создано разумомъ: das Recht entsteht ohne Vorwissen der Völker, natürlich aus ihrer Vernunft. *Pütter*, 26. Еще менѣе можно согласиться съ тѣми, которые утверждаютъ, что право создается по произволу отдѣльныхъ лицъ, какъ бы велико ни было ихъ число: воля сама по себѣ есть фактъ, она не можетъ сдѣлать правомъ то, что̀ не есть право. Наконецъ происхожденіе права нельзя приписывать силѣ

(право сильнаго) или отождествлять съ религіею. — «Право не есть воля лица, которое выражаетъ непосредственно законъ, также не есть воля народа, въ нравахъ и обычаяхъ котораго оно получаетъ жизнь» *Voigt*, 15. — Только признаніе власти и подчиненіе ей пролагаютъ путь къ признанію права. *Fröbel*, I. 107.

IX. Существованіе положительнаго права въ той или другой формѣ возможно въ каждомъ обществѣ, въ которомъ признается власть; отъ характера власти зависитъ и характеръ права, но ни одно общество не имѣетъ исключительной способности къ его образованію. Такъ напр. церковь, государство, международный союзъ, семейство создаютъ свое право. По историческому движенію жизни, преимущественно въ государствѣ организуется защита права, въ немъ признается опредѣленная сила, такъ что положительныя права различаются по государствамъ. Дѣйствительно, въ государствѣ право получаетъ видимое олицетвореніе своей принуждающей силы, каждый отдѣльный членъ общества становится къ нему въ юридическое отношеніе и всѣ народныя силы ищутъ въ немъ своего охраненія и защиты. Поэтому положительное право принимается какъ синонимъ права въ государствѣ. Великому историческому факту раздѣленія народовъ болѣе или менѣе соотвѣтствуетъ такой же непреложный фактъ существованія отдѣльныхъ государствъ, какъ политическихъ единицъ, воплощающихъ въ себѣ всѣ народныя силы. Но и внѣ государства и до его образованія всегда создавалось и дѣйствовало право.

По мнѣнію Пухты, до образованія народовъ существовали семьи, между членами которыхъ не было юридической связи, а господствовала любовь. Римляне называли такое донародное право jus naturale. *Puchta*, Inst. 18. — Every positive law is set directly or circuitously by a sovereign individual or body to a member or members of the independent political society wherein its author is supreme. *Austin*, I. 316. По выраженію Гоббса, законодатель не тотъ,

кто первоначально создалъ право, но тотъ, по чьей власти оно продолжаетъ дѣйствовать. — Civilia enim jura tunc esse coeperunt cum civitates condi et magistratus creari et leges scribi coeperunt (Inst. II. 1.). — Ius positum, quod quisque populus sibi posuit. Происхожденіе права начинается съ появленія судей; юридическій порядокъ и государственный судъ суть синонимы. *Jhering*, I. 118.— Тоже *Puchta*, Gewohnheitsrecht, I. 181. — Denkbar ist die Rechtsbildung vor dem Staate und ausser dem Staate. *Harum*, 14. — Ограниченіе права только государствомъ было послѣдствіемъ ученія объ естественномъ правѣ; признавалась только одна форма положительнаго права — законодательство, зависящее отъ произвола законодателя. Романисты впали въ ту же односторонность, поставивъ римское право вмѣсто прежняго естественнаго; они смотрѣли неблагосклонно на автономію и на международное право. Въ Римѣ дѣйствительно все право утверждалось, признавалось или допускалось государствомъ: законъ былъ волею народа, обязательною для всѣхъ; обычное право имѣло силу, какъ tacitus consensus populi; юриспруденція признавалась государствомъ.

Разсматривая право даннаго общества, мы замѣчаемъ въ немъ двоякую сторону. одни положенія его принадлежатъ исключительно извѣстному народу, составляютъ его особенность, другія же одинаково повторяются повсюду. Прилагая это наблюденіе къ различнымъ формамъ права, можно сказать, что обычное право носитъ по преимуществу національный характеръ, право юристовъ болѣе обще, законодательство занимаетъ средину между ними. Такое разнообразіе и единство положительнаго права зависитъ отъ двухъ составныхъ элементовъ его: нравственнаго, повсюду болѣе или менѣе одинаковаго, и фактическаго, по существу своему измѣняющагося. Еще Римляне сознавали существованіе общаго и особеннаго положительнаго права: omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utuntur; nam quod quisque populus ipse sibi jus constituit, id ipsius proprium est

vocaturque jus civile, quasi jus proprium ipsius civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes gentes constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque jus gentium, quasi quo jure omnes gentes utuntur (Gajus). Всѣ институты, которые они находили у всѣхъ народовъ, причислялись къ общему положительному праву, тѣ же, которые были извѣстны только Римлянамъ, относились къ праву одного государства.

X. Такъ какъ сущность и значеніе права неизмѣнны и оно служитъ выраженіемъ справедливости, то и формы или внѣшнее этой силы повсюду одинаковы. Наглядно это доказывается тѣми юридическими заимствованіями, которыя одинъ народъ дѣлаетъ у другаго. Можно сказать съ увѣренностію, что въ настоящее время нѣтъ ни одного законодательства, которое было бы чуждо заимствованій, точно такъ же, какъ и въ обычаяхъ различныхъ народовъ существуетъ однообразіе. Такъ напр. институтъ присяжныхъ, хотя по происхожденію англійскій, принадлежитъ всѣмъ народамъ. Такое обобщеніе права происходитъ вслѣдствіе всеобщаго сознанія о тѣхъ формахъ, въ которыхъ охраняются жизненныя отношенія; право, какъ духовное благо, составляетъ общее достояніе, изъ котораго каждый народъ можетъ брать свободно то, что̀ признаетъ за лучшее; такимъ источникомъ служило римское право, получившее характеръ всеобщаго въ нѣкоторыхъ вопросахъ.

Съ другой стороны такъ какъ право возможно во всякомъ обществѣ, нерѣдко выходящемъ за предѣлы государства, то возможно также одно право для такого общества. Подобнымъ характеромъ отличается морское право, торговое, каноническое и пр.

Наконецъ общія начала положительнаго права устанавливаются наукою и международными сношеніями: въ

нихъ приводятся къ единству всѣ разнообразныя юридическія положенія, а самостоятельныя и равныя государства опредѣляютъ свои взаимныя отношенія по началамъ справедливости.

Nicht das eine oder andere Recht, sondern *das* Recht, was der Mensch vor dem Thier voraus hat. *Arnold*, 337. — Юристы различаютъ національное и заимствованное право — einheimisches und recipirtes Recht, историческое и эклектическое. Тѣ изъ нихъ, которые признаютъ только право, исходящее отъ государственной власти, считаютъ jus recepтum не источникомъ, а мотивомъ положительнаго права. Но и въ Римѣ народное право было измѣнено преторами и принятъ потомъ въ полномъ составѣ морской законъ Родоса. Иногда заимствованное право сливается съ національнымъ, какъ во Франціи и у насъ (магдебургское, шведское, византійское), иногда же общее право получаетъ перевѣсъ надъ народнымъ, какъ въ Германіи. Отсюда борьба романистовъ и германистовъ въ этой странѣ; Іерингъ доказываетъ впрочемъ, что римское право не имѣетъ въ Германіи значенія положительнаго права.

XI. Разнообразіе положительнаго права зависитъ отъ чрезвычайнаго разнообразія фактическаго элемента его. Такимъ образомъ климатъ, свойство почвы, родъ занятій, степень культуры, наконецъ религія имѣютъ вліяніе на потребности и взаимныя отношенія между лицами; поэтому, какъ неодинаково движеніе жизни, такъ неодинаковы и формы ея охраненія. Право отражаетъ на себѣ все, что̀ произведено созидающими силами жизни и охраняетъ моменты народнаго развитія. Вѣчное по существу, оно измѣняется въ своихъ формахъ въ *пространствѣ* и *времени*. Это двоякое измѣненіе происходитъ постоянно: по мѣрѣ увеличенія матеріала для права, оно становится богаче въ своемъ содержаніи и въ формахъ; съ развитіемъ юридическаго языка вымираютъ символическія выраженія права; самооборона уступаетъ мѣсто организованной власти, юридическая отдѣльность

каждаго лица признается все полнѣе. Исторія права есть исторія его зрѣлости, исторія народнаго самосознанія, а вмѣстѣ съ тѣмъ и сближенія народовъ въ области права. Если образованіе состоитъ въ воспринятіи общаго, то и право отражаетъ на себѣ тотъ же законъ.

Вліяніе хозяйственнаго быта на право безспорно; право тѣсно связано съ нравами, а потому на основаніи его можно возсоздать культуру извѣстнаго народа и эпохи. Такъ напр. въ неразвитомъ хозяйственномъ быту преобладаютъ преступленія противъ лица (убійство); у бѣдныхъ народовъ тѣлесныя наказанія преобладаютъ, а денежныя почти неизвѣстны; у народовъ земледѣльческихъ собственность по преимуществу недвижимая (у насъ имѣніе, у Нѣмцевъ Gut означаетъ деревню), у торговыхъ же движимая (biens, bona); въ торговыхъ обществахъ особенно развиты договоры; притомъ морская торговля вызываетъ тѣ изъ нихъ, которые не требуютъ присутствія контрагентовъ: у Грековъ чаще встрѣчаются contractus consensuales, у Римлянъ verbales. — Каждый юридическій институтъ есть совокупность юридическихъ положеній, связанныхъ одною экономическою цѣлью. *Dankwardt*, Stud. 14, 28.

XII. Въ этихъ двухъ сторонахъ своихъ — единства и разнообразія — постоянно развивается положительное право. Оно всегда есть болѣе или менѣе удачная попытка выразить сущность права сообразно съ временемъ и съ потребностями народа; оно всегда поэтому есть исторически-разумное. Отъ первыхъ своихъ проявленій до послѣдняго момента своего развитія оно представляетъ картину постепеннаго образованія институтовъ изъ жизни и ихъ вліянія на жизнь. Въ этомъ взаимномъ воздѣйствіи открывается наглядно сущность права, его постоянно-охраняющее значеніе. Сравнивая положительное право у разныхъ народовъ и въ разное время, мы убѣждаемся въ необходимости извѣстнаго рода жизненныхъ отношеній, въ которыхъ всегда достигались блага; то, что́ съ перваго раза кажется случайнымъ, получаетъ

характеръ непреложный; юридическая зависимость, подчиненіе власти является во всемъ своемъ величіи, точно такъже, какъ юридическая отдѣльность или свобода оказывается постоянно движущею силою жизни. Положительное право находитъ примиреніе между этими двумя, равно необходимыми потребностями свободы и порядка; оно движется вмѣстѣ съ жизнью. Нельзя сказать, чтобы внѣ положительнаго права не существовало права, какъ полагаютъ нѣкоторые (*Allihn*, 182); но формулированіе и приложеніе служитъ осязательнымъ доказательствомъ годности права для жизни. Требованія жизни составляютъ causa juris; въ нихъ открывается ея разумъ, ratio juris.

Поэтому возможна философія положительнаго права, или философія исторіи права, какъ ее называетъ Джонъ Стюартъ Милль. Изученіе ея имѣетъ практическую пользу: «оно показываетъ, что учрежденія, которыя существуютъ до сихъ поръ въ болѣе или менѣе измѣненномъ видѣ, были плодомъ идей, теперь повсюду отвергнутыхъ; и наоборотъ, что воззрѣнія удержавшіяся до нашего времени, нерѣдко искусственны и случайно вызваны законами и учрежденіями, которые болѣе не существуютъ и возрожденія которыхъ никто не пожелалъ бы (Dissert III. 212). — Рёдеръ различаетъ: das Urbild des Rechts или идеальное представленіе о правѣ; das Geschichtsbild или реальное право; наконецъ das Musterbild des Rechts, соотвѣтствующее политикѣ: изъ историческаго изученія можно сдѣлать выводъ о томъ, что немедленно можетъ быть осуществлено какъ право. Онъ принимаетъ философію положительнаго права синонимомъ политики — civilis scientia, civilis prudentia.

ГЛАВА VII.

Обычное право.

Puchta, Das Gewohnheitsrecht. 2 Bde. Erlang, 1828, 1837. — *Lenz,* Ueber die geschichtliche Entstehung des Rechts. Greifsw. 1854. — *Liders,* Das Gewohnheitsrecht auf dem Gebiete der Verwaltung. Kiel, 1863. — *Brinckmann,* Das Gewohnheitsrecht im Civilrechte. Heidbg. 1847. — *Kuntze,* Ueber den mos civitatis als Receptionscanal des jus gentium. Krit. Viertelj 1867. — *Schmid* (*R*). Savigny und sein Verhältniss zur Rechtswissenschaft. Deut. Viertelj. 1862. — *Puchta,* Kritik von Beseler's Volksrecht und Juristenrecht. Berl. 1844.

I. Первымъ выраженіемъ сознанія о необходимости опредѣленныхъ нормъ дѣятельности служитъ непосредственное ихъ приложеніе. Члены общества въ своихъ взаимныхъ отношеніяхъ отыскиваютъ и установляютъ тѣ внѣшнія формы, которыми охраняются ихъ блага; напр. заключаютъ сдѣлки, призываютъ свидѣтелей, избираютъ извѣстный символъ и проч. Личная отдѣльность и зависимость получаетъ чрезъ это большую или меньшую непреложность, смотря по тому, на сколько внѣшняя форма соотвѣтствуетъ нравственному понятію лица о справедливости и удовлетворяетъ фактической потребности.

Найденная такимъ образомъ форма охраненія, вслѣдствіе постоянно дѣйствующихъ въ человѣкѣ одинаковыхъ потребностей и путемъ подражанія повторяется другими лицами и получаетъ характеръ общественной силы, принудительной для каждаго. Образуется сознаніе и увѣ-

ренность, что всѣ члены общества будутъ поступать извѣстнымъ образомъ и что невозможно никакое уклоненіе отъ установленной нормы. Вытекая первоначально изъ сознанія отдѣльныхъ лицъ о нравственныхъ и фактическихъ требованіяхъ жизни, опредѣленная форма дѣятельности въ свою очередь имѣетъ вліяніе на сознаніе лица или входитъ въ привычку: человѣкъ испытываетъ на себѣ притягивающую силу того, что̀ совершается предъ нимъ и образуетъ свой характеръ подъ впечатлѣніемъ окружающей среды, повторяя то, что̀ дѣлаютъ другіе.

Такая постоянно одинаковая дѣятельность членовъ общества составляетъ его обычай (consuetudo). Въ немъ всѣ отношенія между лицами получаютъ твердыя и опредѣленныя формы, такъ что обычаи служатъ внѣшнимъ выраженіемъ, признаками и средствомъ распознаванія нравовъ (mores). Такъ напр. хозяйственный бытъ и экономическія сдѣлки, нравственныя понятія, чувство приличія и т. д. отпечатлѣваются въ обычаяхъ: одежда служитъ символомъ образа жизни, занятій и общественнаго положенія, чувство дружбы выражается въ обычаѣ дѣлать подарки въ извѣстные дни, уваженіе вызываетъ обычай дѣланія визитовъ и проч.

Духовныя силы чрезъ частое приложеніе возвышаются до того, что лицо прилагаетъ ихъ безъ внѣшняго возбужденія. *Dankwardt*, Stud. 170. Пухта обозначаетъ словомъ *обычай* привычку отдѣльныхъ лицъ, а словомъ *нравы* привычку общества. *Puchta*, Gew. Recht, I. 167. Въ этомъ смыслѣ и у насъ говорится *нравы и обычаи*; многіе предлагаютъ называть обычное право правомъ нравовъ. — Отъ обычаевъ должно отличать обряды, какъ ихъ внѣшнюю форму; напр. свадебные обряды, церемоніи придворныя, при погребеніи и т. п. Во всѣхъ актахъ или сдѣлкахъ соблюдаются особые обряды, то есть существуетъ формальная сторона, въ которой выражается природа или необходимыя условія даннаго отношенія.

II. Обычаи установляютъ опредѣленную зависимость лица, получающую различный характеръ, смотря по тому, къ какой области жизни они относятся или какая сила находитъ въ нихъ свое выраженіе; такъ напр. одни обычаи находятъ себѣ поддержку въ общественномъ мнѣніи, другіе въ суевѣріи, третьи въ безсознательной привычкѣ и т. д. Тѣ обычаи, въ которыхъ установляется принудительная зависимость и отдѣльность для охраненія взаимныхъ отношеній между лицами, получаютъ характеръ юридическій. Дѣйствія, по внѣшней формѣ одинаковыя, могутъ относиться къ области права и стоять внѣ ея, смотря по степени своей принудительности; напр. необходимость являться въ мундирѣ къ начальнику и пріѣзжать во фракѣ на балъ; поклонъ, какъ знакъ вѣжливости и отданіе чести со стороны солдата и проч. Во всякомъ случаѣ юридическій обычай служитъ формою установившагося и существующаго сознанія; онъ допускаетъ новое творчество для каждаго лица, но охраняетъ лишь то, что̀ принято цѣлымъ обществомъ на основаніи цѣлесообразности или справедливости. Какъ скоро съ обычаемъ не соединяется сознаніе, онъ обращается въ простую форму и служитъ свидѣтельствомъ когда-то скрывавшейся подъ нимъ необходимости. Такое значеніе имѣютъ напримѣръ свадебные обряды, сохранившіеся у нашихъ крестьянъ: въ нихъ можно найдти указаніе на прежнюю исключительность родовъ; таковы обычаи, принятые въ общежитіи: можно объяснить себѣ ихъ происхожденіе и связь съ юридическими отношеніями. Вообще въ обычаяхъ юридическое содержаніе смѣшивается съ неюридическимъ, и ихъ можно раздѣлить только путемъ анализа.

III. Юридическія нормы дѣятельности, формулированныя самою дѣятельностью, составляютъ обычное пра-

во, jus consuetudinarium, Gewohnheitsrecht, droit coutumier, common or customary law. Это право находится въ тѣсной непосредственной связи съ жизнью: поступая такъ или иначе, отдѣльныя лица не имѣютъ въ виду установить право; но ихъ дѣятельность становится образцомъ для другихъ и слѣд. получаетъ направляющее значеніе; молчаливымъ подражаніемъ придается сила той формѣ нравственнаго охраненія благъ, которая выражена въ обычаѣ: quae longa consuetudine comprobata sunt— veluti tacita civium conventio (Hermog.).

Въ обычномъ правѣ высказывается взглядъ общества или значительнаго большинства его на фактическія отношенія жизни и на способы ихъ охраненія. Этотъ взглядъ образуется всею совокупностью вліяній, дѣйствующихъ на человѣка; и такъ какъ съ одной стороны всякая потребность стремится къ юридическому признанію, а съ другой всякое общество можетъ установить такое признаніе, то обычное право зависитъ отъ тѣхъ общественныхъ круговъ, которые связаны единствомъ интересовъ и потребностей. Такъ, обычное право, при первоначальномъ однообразіи и немногочисленности вліяній имѣетъ характеръ общій; но мало-по малу, съ увеличеніемъ силъ, отъ которыхъ зависятъ всѣ личныя воззрѣнія, обычное право различается по мѣстности, по роду занятій лицъ, по классамъ общества и т. д.; образуется особое обычное право у крестьянъ, между лицами торгующими, въ корпораціяхъ адвокатовъ, судей и проч.; это право вполнѣ соотвѣтствуетъ сознанію только тѣхъ лицъ, которыя находятся подъ одинаковыми вліяніями фактическими и нравственными (религіи, науки, преданій, понятія о чести).

Такимъ образомъ обычное право можетъ быть или общимъ, когда первоначальныя простыя отношенія жиз-

ни всецѣло отпечатлѣваются въ юридическихъ нормахъ, или частнымъ, которое установляется дѣятельностью членовъ извѣстнаго общественнаго круга.

Въ нѣмецкомъ языкѣ для обозначенія общаго обычая служитъ слово Gewohnheit, а для частнаго — Herkommen; соотвѣтственно этому Англичане употребляютъ выраженія common law и customary law. — Историческая школа считаетъ творческою силою обычнаго права народное убѣжденіе. Противъ этого Людерсъ возражаетъ: «народное убѣжденіе принадлежитъ къ фактическимъ вліяніямъ, опредѣляющимъ дѣятельность лицъ вмѣстѣ съ другими вліяніями, во главѣ которыхъ стоятъ жизненныя отношенія и вытекающія изъ нихъ потребности». *Lüders*, 39.

IV. Въ обоихъ своихъ видахъ обычное право получаетъ свое дѣйствительное бытіе, когда существуетъ соотвѣтствующій ему обычай, то есть приложеніе. Начинаясь съ фактическаго и индивидуальнаго охраненія потребностей, извѣстный образъ дѣйствій получаетъ характеръ направляющей силы, когда удовлетворяетъ внѣшнимъ признакамъ продолжительности и одинаковости; онъ утверждается постепенно, чрезъ привычку и подражаніе.

Эти признаки обычая формулируются такимъ образомъ: actus plures, frequentia casuum; actus continui, non interrupti, nec contrarii; actus uniformes; actus publici; diuturnitas temporis, longum tempus. Долговременность иногда опредѣляется однимъ поколѣніемъ, иногда же десятилѣтнимъ срокомъ (въ канонич. правѣ). Въ англійскомъ правѣ употребляется выраженіе: from time whereof the memory of man runneth not to the contrary.

Приложеніе права или обычай юридическій распознается или въ постоянно-повторяющихся дѣйствіяхъ, неотмѣненныхъ дѣйствіями имъ противуположными (desuetudo), или же въ формальныхъ актахъ; таковы напр. судебные обычаи, usus fori. торговые договоры, опредѣленный способъ рѣшенія дѣлъ и проч. Поэтому обыч-

ное право можетъ быть и писанное: оно выражается въ постановленіяхъ извѣстной корпораціи; словесная или символическая его форма не имѣетъ существеннаго значенія.

Все право основывается на рефлексіи и ни одно юридическое положеніе не вытекаетъ изъ обычая. *Dankwardt*, Stud. 168. — Обычное право не возникаетъ изъ обычаевъ, иначе внутреннее было бы подчинено внѣшнему. *Puchta* Pand. 20, Krit. 10. Противъ этого *Bluhme*, I. 38. — Обычай не есть основаніе, а только признакъ приложенія народнаго права. *Beseler*, V. R. 76. *Warnkönig*, Enc. 40. — Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est jus, quod dicitur moribus constitutum (Julian). Immo magnae auctoritatis hoc jus habetur, quod in tantum probatum est, ut non fuerit necesse scripto it comprehendere (Paul.). Обычай не создаетъ права, а сохраняетъ существующее: comprobat, firmat; obtinentur et retinentur. — Обычай есть приложеніе юридической нормы, которая существовала уже до него и въ немъ получила только свое тѣло. *Savigny*, Syst. I. 14

V. Приложеніе есть необходимое условіе обычнаго права; но для того, чтобы извѣстный образъ дѣйствія могъ служить нормою, онъ долженъ входить въ сознаніе общества: лица, поступающія такъ или иначе, сознаютъ, что они охраняютъ опредѣленныя жизненныя отношенія. Поэтому на основаніи юридическихъ обычаевъ можно судить о томъ, на сколько общество достигло сознанія о правѣ; въ нихъ отражается народная жизнь и тѣ ея силы, которыхъ охраненіе признано необходимымъ. Такъ, возможны безнравственные обычаи (самосожженіе вдовъ, умычка невѣстъ), которые служатъ историческимъ выраженіемъ права, но не соотвѣтствуютъ его разуму или природѣ. Съ другой стороны сознаніе о правѣ выражается только въ тѣхъ обычаяхъ, которые охраняютъ опредѣленныя жизненныя отношенія; напр. все, что̀ дѣлается изъ приличія, по великодушію и проч. не можетъ получить юридически-обязательной силы.

Эти условія обычнаго права формулированы такъ: дѣйствія должны быть rationabiles, non errore introducti et opinione necessitatis suscepti; послѣднее означаетъ, что обычай долженъ выражать необходимость дѣйствовать извѣстнымъ образомъ; нужно, чтобы существовало явное и свободное желаніе дѣйствующаго слѣдовать юридической нормѣ. *Brinkmann*, 15. — Не обычай самъ по себѣ составляетъ право, а постоянное приложеніе юридической нормы и ея признаніе какъ таковой. *Arnold*, 255. — Такъ какъ право есть нѣчто національное, то безъ его непосредственнаго источника, т. е. народнаго самосознанія, немыслимо и посредственное выраженіе въ другихъ источникахъ. *Puchta*, Pand. 21. — Quod non ratione introductum est, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet (L. 39). — Usus non vincit rationem.

VI. Оба эти условія или элементы обычнаго права равно существенны и оказываютъ вліяніе другъ на друга. Обычай не только служитъ указателемъ, но и образуетъ сознаніе о правѣ, и наоборотъ: сознаніе получаетъ юридическую силу только вслѣдствіе своего приложенія.

Такое сознаніе и приложеніе начинаются съ отдѣльныхъ лицъ и потомъ переходятъ на все общество. Органомъ выраженія обычнаго права служатъ прежде всего отдѣльныя лица, находящіяся подъ многообразными фактическими вліяніями; они творятъ постоянно новое право, новыя отношенія, которыя должны быть охранены, потому что лица дѣйствуютъ не случайно, а повинуясь присущимъ имъ потребностямъ (*Lüders*, 36).

Эта дѣятельность становится общимъ достояніемъ, поскольку въ ней выражаются новыя формы охраненія благъ, и признаніе ея обществомъ совершается чрезъ молчаливое одобреніе или подражаніе; право, найденное отдѣльными лицами, усвоивается всѣми чрезъ tacitus consensus civium. Это предположеніе теряетъ свою силу, лишь въ томъ случаѣ, когда общество выставляетъ про-

тивъ того, что̀ совершается, иное убѣжденіе или иной образъ дѣйствій (desuetudo et consuetudo contraria).

Такъ какъ всякому обществу принадлежитъ юридическое творчество, то въ каждомъ изъ нихъ образуется свое обычное право, основанное на одинаковыхъ потребностяхъ. Пока отношенія тѣсно связаны съ благами и совпадаютъ съ жизнью, обычное право есть единственная форма права (*Trendelenburg*, 33); впослѣдствіи, когда образуются отдѣльные общественные круги, обычное право живетъ и развивается внутри ихъ. Мѣсто дѣятельности отдѣльныхъ лицъ заступаетъ дѣятельность лицъ юридическихъ. Она получаетъ значеніе *прецедентовъ, примѣрныхъ рѣшеній* и *практики* (Observanz, Gerichtsgebrauch, res judicatae, arrêts, judge made law, usus fori). Какъ скоро юридическое лицо выражаетъ въ извѣстной формѣ свое сознаніе о правѣ, тѣмъ самымъ оно установляетъ норму юридической дѣятельности. Такъ напр. въ отношеніяхъ между государствами весьма многія начала права установлены прецедентами, въ дѣйствіяхъ административныхъ и судебныхъ мѣстъ, хотя и въ болѣе ограниченномъ размѣрѣ, дѣйствуетъ обычное право. Вообще этотъ размѣръ опредѣляется только отрицательно, установленными нормами, которымъ обычай не можетъ противурѣчить.

Нѣмецкіе писатели подъ Observanz (observatio judicialis) разумѣютъ только установленіе формальной стороны права, напр. въ торговомъ быту, въ судахъ и проч.; и такъ какъ члены судебныхъ учрежденій не имѣютъ автономіи, то ихъ обычай не долженъ противурѣчить ни одному закону: legibus non exemplis judicandum est. — Тяжущіеся, говоритъ Блуме, разсчитываютъ, что судьи рѣшатъ дѣло по своему прецеденту, чтобы не показаться легкомысленными. *Bluhme*, I. 42. — Во всякомъ юридическомъ лицѣ, а слѣд. и въ государствѣ, право или установляется опредѣленными органами, или же образуется постепенно дѣйствіями членовъ. *Lü-*

ders, 85. — Res judicatae служатъ выраженіемъ обычнаго права, если они признаютъ существующее юридическое положеніе или явно отвергаютъ извѣстный обычай; если же судебныя рѣшенія основаны только на доктринѣ, то не имѣютъ обязательной силы. *Brinckmann*, 44. — Пухта называетъ правомъ юристовъ тѣ обычаи, которые образуются судебными рѣшеніями, а синонимомъ обычнаго права принимаетъ право правовъ. *Puchta*, G. R. I. 167.

VII. Выраженное отдѣльными или юридическими лицами обычное право получаетъ силу или авторитетъ; оно принуждаетъ членовъ того общества, въ которомъ прилагаются и сознаются заключающіяся въ немъ правила дѣятельности. Непосредственная связь обычнаго права съ нравами служитъ свидѣтельствомъ того, что оно охраняетъ дѣйствительныя отношенія жизни, удовлетворяетъ ея требованіямъ и отражаетъ на себѣ ея движеніе. Поэтому обычное право служитъ естественнымъ переходомъ неюридическихъ отношеній въ юридическія (*Arnold*, 255). Оно всегда носитъ на себѣ характеръ того общества, въ которомъ прилагается; такъ напр. существуетъ національное и международное обычное право (сюда относится также торговое). Чѣмъ болѣе сглаживается различіе между общественными кругами, тѣмъ менѣе замѣтны особенности ихъ права; но такъ какъ творчество отдѣльныхъ лицъ въ обществѣ никогда не уничтожается, то и обычное право всегда останется необходимою формою положительнаго права. It is one of the characteristic marks of english liberty, говоритъ Блекстонъ, that our common law depends upon custom; противудѣйствовать обычному праву, согласному съ требованіями нравственности и жизни, значитъ останавливать юридическое творчество. Сила обычнаго права лежитъ всегда въ самой жизни, передъ которою отступаютъ отвлеченныя начала.

Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est (L. 2). — Nam quid interest, populus suffragio voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis (Julian). — Diuturni mores, consensu utentium comprobati, legem *imitantur*. — Въ средніе вѣка католическая церковь, по своему антинаціональному характеру, была противъ обычнаго права; канонисты подчиняли его juri naturali; глоссаторы держались того же взгляда и допускали обычное право подъ условіемъ, что princeps consuetudinem patitur. *Puchta*, G. R. I. 184—206. — Романисты 18-го вѣка основывали силу обычнаго права на дозволеніи правительства. Философская школа принимала въ основаніе договоръ, историческая — фактъ существованія обычнаго права, какъ юридическаго убѣжденія народа. Обычное право дѣйствуетъ, потому что оно есть народная воля (*Beseler*, V. R. 62): въ немъ фактически выражается согласіе большинства членовъ общества, чтобъ извѣстныя нормы опредѣляли ихъ отношенія (Велькеръ, Рюкертъ). Нѣкоторые отыскиваютъ силу обычнаго права въ давности, другіе въ автономіи. — Аустинъ называетъ обычное право positive morality; по его взгляду, оно получаетъ свою силу только отъ общественнаго мнѣнія и обычай служитъ только мотивомъ для изданія закона; customary laws are not positive laws until their existence *as such* is declared to the people by decisions of the common law courts. *Austin*, II. 222. Другіе англійскіе юристы (Кентъ, Макинтошъ, Ривзъ, Галъ) признаютъ вполнѣ силу обычнаго права: въ немъ одобреніе народа is signified, а въ законѣ declared. — Противъ обычнаго права высказывается Іерингъ: es wäre vielleicht am richtigsten es als Zustand der Identität des Rechts und der Moral unter dem Namen der *Sitte* dem Recht gegenüber zu stellen. *Jhering*, II. 28.

VIII. Вслѣдствіе такого значенія обычнаго права, оно признается повсюду наряду съ другими формами положительнаго права. Многія отношенія юридическія охраняются исключительно по обычаю, самою жизнію, и общественная власть не въ силахъ измѣнить ихъ; многія положенія, установленныя обычаемъ, вошли въ законъ; наконецъ творчеству отдѣльныхъ лицъ предоставляется создавать новыя формы отношеній и способы ихъ охраненія. Такъ напр. семейное право повсюду имѣетъ сво-

имъ основаніемъ нравы и обычаи (*Beseler*, V. R. 140); порядокъ наслѣдованія также опредѣляется обычаемъ: у русскихъ крестьянъ не существуетъ наслѣдства по завѣщанію, въ Англіи майоратъ установленъ обычаемъ, а въ нѣкоторыхъ графствахъ сохранилось наслѣдованіе всѣхъ сыновей (gavelkind). Не признавать обычнаго права значило бы оставить многія отношенія неопредѣленными: quod ideo receptum videtur, ne rerum dominia diutius in incerto essent (Gajus). Такъ, у насъ признается обычное право въ вопросахъ о наслѣдованіи между крестьянами, о торговыхъ договорахъ и вообще во всѣхъ случаяхъ, которые не разрѣшены закономъ. Сверхъ того въ формѣ обычнаго права установляются новыя юридическія отношенія въ предѣлахъ jus dispositivum. Это выражено ясно въ Code Napoléon, art. 1134: le conventions légalement formées tiennent *lieu de loi* à ceux qui les ont faites; законъ установляетъ здѣсь только предѣлы, въ которыхъ обычаемъ создается новое право.

Поэтому, чѣмъ болѣе въ обществѣ личной самодѣятельности, тѣмъ шире область обычнаго права, хотя она нигдѣ не можетъ быть уничтожена вовсе. Такъ, въ тѣхъ государствахъ, въ которыхъ признается самостоятельность юридическихъ и физическихъ лицъ, ихъ юридическое творчество выражается въ обычномъ правѣ; въ международномъ союзѣ, при самостоятельности его членовъ, обычное право получаетъ особенно важное значеніе и отражаетъ на себѣ все историческое движеніе общественной жизни. Положительныя законодательства повсюду держатся римскаго правила: consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est, sed non usque adeo sui valitura momento, ut rationem vincat aut legem (L. 2).

По истолкованію Вангерова, это правило относится къ тому случаю, когда законъ запрещаетъ въ будущемъ противуположный

себѣ обычай; Савинын объясняетъ, что Константинъ говоритъ здѣсь о частныхъ обычаяхъ. Ср. Weiske's Rechts-Lexicon, VI. 850.

Въ коментаріяхъ госуд. канцеляріи на суд уст. 1864 года (I. 68) указаны постановленія нашихъ законовъ, признающія обычное право. Въ § 13 правилъ надѣла госуд. крестьянъ семейными участками сказано, что имущество домохозяина переходитъ по наслѣдству на основаніи мѣстныхъ обычаевъ. Мировымъ посредникамъ дозволено руководствоваться обычаями при разборѣ споровъ по найму землевладѣльцами людей въ разныя работы, по отдачѣ въ наемъ земель, по потравамъ полей, луговъ и другихъ угодій и по порубкамъ владѣльческихъ лѣсовъ. Въ положеніи 19-го февр. 1861 года (ст. 21 и 38) признаны опредѣленія мѣстныхъ обычаевъ въ назначеніи опекуновъ и попечителей и въ повѣркѣ ихъ дѣйствій, также относительно порядка наслѣдованія. Въ ст. 107 того же положенія при рѣшеніи дѣлъ въ волостныхъ судахъ предписано руководствоваться «мѣстными обычаями и правилами, принятыми въ крестьянскомъ быту.» При обсужденіи Суд. Уст. положено выразить точнѣе, что разрѣшеніе юридическаго вопроса въ дѣлѣ не должно противурѣчить закону, и статья 130-я Уст. Гр. Суд. формулирована такъ: при постановленіи рѣшенія мировой судья можетъ, по ссылкѣ одной или обѣихъ сторонъ, руководствоваться общеизвѣстными мѣстными обычаями, но лишь въ томъ случаѣ, когда примѣненіе мѣстныхъ обычаевъ дозволяется именно закономъ, или въ случаяхъ, положительно неразрѣшаемыхъ законами. Ст. 1714 Торг. Уст говоритъ: въ тѣхъ случаяхъ, на кои нѣтъ точныхъ и ясныхъ законовъ, дозволяется принимать въ основаніе торговые обычаи. Тоже ст. 1539. Инородцамъ предоставляется пользоваться своими обычаями.

Во французскомъ правѣ обычаи признаются руководствомъ для истолкованія договоровъ: ce qui est ambigu s'interprete par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé (Code Nap. 1159). Въ ст 663, 671, 674 (о повинностяхъ сельскихъ), 1736 и 1758 (о наймѣ) выражены постановленія закона только на случай, если вопросъ не рѣшается *иначе* обычаемъ. — Въ Австріи признается торговое обычное право. Въ § 10 Гражд. Кодекса сказано: обычаи могутъ быть приняты въ соображеніе только въ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ законъ ссылается на нихъ. Въ послѣдующихъ статьяхъ говорится объ обычаяхъ при объявленіи находки, при пользованіи выгономъ, при уплатѣ издержекъ на похороны, при до-

вѣренности, наймѣ (ст. 389, 390, 501, 549, 1029, 1109). — Въ Пруссіи обычное право contra legem непризнается, а praeter legem допускается (§ 4' въ нѣкоторыхъ случаяхъ, напр. Fundalobservanz. Ср *Heydemann,* Einleitung in das syst. de preus Civilrechts (Leipz. 1861—67). I. 72. — Въ Англіи обычное право (common law) есть основное и главное. Ср. *Warren*, Introd. to law studies, 689—710.

IX. Обычное право такъ непосредственно связано съ жизнью, что оно нераспознаваемо въ смыслѣ отдѣльной направляющей силы. Сохраняясь только чрезъ приложеніе, обычное право извѣстно лишь тѣмъ лицамъ, которыя постоянно слѣдуютъ обычаю, держатся его. Но какъ скоро обычное право признается формою положительнаго права, оно должно быть извѣстно всѣмъ и къ нему прилагается общее правило: jura novit curia, т. е. судья обязанъ знать его (*Brinckmann,* 29; *Beseler*, 359).

Самымъ вѣрнымъ средствомъ для того, чтобъ убѣдиться въ обычномъ правѣ, служитъ судъ присяжныхъ: въ спорахъ о договорахъ, о наслѣдствѣ и т. п. присяжные суть представители не только добросовѣстности, но и знанія о правѣ; такой характеръ имѣютъ въ Англіи спеціяльные присяжные, рѣшающіе вопросы, возникающіе изъ обязательствъ по дѣламъ торговымъ; таковы всѣ особенные суды, въ которыхъ прилагается частное обычное право, напр. комерческіе, волостные и пр: здѣсь судья знаетъ право, о которомъ идетъ рѣчь; и такъ какъ notorium non eget probatione, то онъ можетъ разрѣшить возникшій споръ.

Въ другомъ положеніи находится судья и администраторъ, для которыхъ обычное право представляется только фактомъ: незнаніе его есть ignorantia facti. Этотъ фактъ получаетъ характеръ юридической нормы лишь послѣ доказательства того, что онъ выражаетъ собою сознаніе о правѣ. Такое удостовѣреніе можетъ быть до-

стигнуто при содѣйствіи тѣхъ лицъ, для которыхъ оно важно («по ссылкѣ сторонъ»); и такъ какъ въ обычномъ правѣ главное условіе составляетъ его приложеніе, то необходимо удостовѣриться въ существованіи обычая.

Средствомъ для этого служатъ: показанія старожиловъ и знающихъ лицъ, а также письменные акты. Люди, вращающіеся постоянно въ извѣстномъ кругу отношеній, удерживаютъ въ памяти постоянные обычаи; имъ осязательно представляются тѣ дѣйствія, которыя совершаются часто на ихъ глазахъ, а потому они могутъ лучше всего удостовѣрить въ приложеніи обычая.

Эти свидѣтели должны удовлетворять общимъ условіямъ лицъ, показывающихъ о фактѣ; поэтому допускаются только очевидцы, а не свидѣтели de auditu et de credulitate; число ихъ можетъ ограничиваться двумя. — Въ комент. на суд. уставы (l. 71) сказано по этому поводу; «цѣль будетъ достигнута, если мировой судья, въ присутствіи тяжущихся, пригласитъ для объясненія обычая отъ трехъ до шести мѣстныхъ жителей, на правдивость которыхъ онъ можетъ положиться. Записавъ ихъ показаніе о существующемъ обычаѣ въ особую, заведенную для сего книгу, онъ такимъ образомъ, по самой своей обязанности, будетъ содѣйствовать собиранію обычаевъ.» Это предположеніе не выражено прямо въ Уставахъ, въ виду того, что мировому судьѣ, какъ мѣстному жителю, извѣстны обычаи и что спросъ свидѣтелей обременилъ бы обывателей и отвлекъ ихъ отъ собственныхъ дѣлъ (тамъ же, стр. 73).— По мнѣнію Людерса, администраторы могутъ довольствоваться показаніемъ одного лица, знакомаго съ мѣстными отношеніями, напр, школьнаго учителя и пр. *Lüders,* 98. Пухта напротивъ полагаетъ, что показаніе должностнаго лица имѣетъ то же значеніе, какъ и показаніе другихъ свидѣтелей. Ср. *Puchta,* G. R. II. 122—148.

Свѣдующіе люди суть лица, которыя сообщаютъ не свои внѣшнія впечатлѣнія, а свое знаніе; они свидѣтельствуютъ о существующемъ обычномъ правѣ во всѣхъ его признакахъ. Сюда относятся по преимуществу показанія судовъ и должностныхъ лицъ (въ нѣмецкомъ пра-

вѣ они называются Gutachten); убѣдившись въ существованіи извѣстнаго юридическаго положенія, эти мѣста и лица сообщаютъ о томъ другимъ и такимъ образомъ облегчаютъ распознаваніе обычнаго права.

Наконецъ письменные акты, напр. договоры, завѣщанія, протесты и т. п. доказываютъ, что дѣйствительно отдѣльныя лица опредѣляютъ извѣстнымъ образомъ свои отношенія въ предѣлахъ дозволительныхъ законовъ; въ этихъ актахъ, въ формѣ исключеній, подтверждается общее правило и несомнѣнно отражается юридическій обычай.

X. Обычное право имѣетъ безспорно весьма важное значеніе въ юридической жизни общества. «Извѣстно, что самые лучшіе и самые прочные законы суть тѣ, которые возникаютъ изъ народной потребности, которые сознаны въ своей необходимости тѣми, кого они непосредственно касаются, и которыхъ польза уже доказана долговременнымъ примѣненіемъ ихъ на практикѣ (Суд. Уст. съ коммент. I. 72).» Обычное право служитъ богатою и неистощимою сокровищницею, изъ которой постоянно черпаютъ и наука, и практика: здѣсь юридическая норма прямо вытекаетъ изъ жизни, для которой существуетъ все право.

Но съ другой стороны обычное право само по себѣ недостаточно. Въ немъ всегда замѣчается преобладаніе фактическаго элемента, а слѣд. вліяніе личныхъ взглядовъ и потребностей; къ юридическимъ обычаямъ привходятъ такіе, которые не имѣютъ юридическаго характера, и потому разумъ права смѣшивается съ уклоненіями отъ него. На обычномъ правѣ повторяется то же явленіе, какое мы замѣчаемъ въ народномъ языкѣ и искусствѣ: формы языка въ своей дробности становятся сбивчивыми и неопредѣленными, получаютъ силу такія

формы, которыя несогласны съ духомъ языка; всѣ эти особенности, то изящество, которое заключается въ ихъ разнообразіи, не исчезаетъ при образованіи литературнаго языка; но оно возводится къ общему своему выраженію. Для права такимъ общимъ выраженіемъ служитъ законодательство.

Въ послѣднее время у насъ сознана ясно необходимость изучать юридическіе обычаи, но по этому предмету работы только-что начаты. Ср. *Матвѣевъ*, что̀ сдѣлано у насъ по обычному праву? Спб. 1867. — Гласный Судъ 1866 № 40; Ж. М. Ю. 1866 № 8 и 10. Въ 1864 г. составлена программа для собиранія народныхъ юридическихъ обычаевъ. Съ 1853 г. Геогр. Общество печатало въ своемъ Сборникѣ обычаи; кромѣ того г. Калачовъ въ своемъ Архивѣ 1859 г. помѣстилъ статью: юридическіе обычаи крестьянъ; г. Мулловъ напечаталъ двѣ статьи о народныхъ юридическихъ обычаяхъ въ Ж. М. Ю. 1862 и въ журналѣ Вѣкъ того же года; г. Успенскій въ Пермскомъ Сборникѣ, Мейеръ въ Юрид. Сборникѣ, г. Барыковъ въ Ж. М. Г. П. 1861, Тарповскій въ Юрид. Зап. г. Рѣдкина (1842) указали на мѣстное обычное право. По предположенію объяснительной записки къ Суд. Уст. мировые судьи должны были составить собраніе всѣхъ юридическихъ обычаевъ.

ГЛАВА VIII.

Законъ.

L. Stein, Die Verwaltungslehre. 6 Theile, Stuttg. 1865—1868. — *R. v. Mohl*, Gesetz, въ 4-мъ томѣ Лексикона Блунчли. — *Чичеринъ*, О народномъ представительствѣ. М. 1866. — *Андреевскій*, Русское государственное право. I. Спб. 1856. — *R. v. Mohl*, Politik, I. Tübing. 1862. — *Laferrière*, Cours théorique et pratique de droit public et administratif. 2 vols. Paris, 1854. — *Théodosiadès*, Essai sur la non-rétroactivité de lois. Par. 1866. — *Berner*, Wirkungskreis des Strafgesetzes nach Raum, Zeit und Personen. Berl. 1853. — *Schulze*, System des deutschen Staatsrecht. I. Leipz. 1857. — *Bluntschli*, Allgemeines Staatsrecht, 2 Bde, Münch. 1863. — *Сперанскій*, Руководство къ познанію законовъ. Спб. 1845. — *Реннекампфъ*, Очерки Юридической Энциклопедіи. Кіевъ, 1868. — Zeitschrift für deutsches Staatsrecht von *Aegidi*, Berl. 1867. — Jahrbücher für Staatswissenschaften von *Glaser*. Berl. 1864—1868.

I. Принудительная сила права, лежащая въ жизненныхъ отношеніяхъ, формулируется не отдѣльными лицами въ ихъ дѣятельности, а получаетъ свое опредѣленное выраженіе въ приказаніяхъ и запрещеніяхъ общественной власти. Эта власть, олицетворяя въ себѣ всѣ требованія общества, охраняетъ ихъ юридически, и нормы права, установляемыя ею, называются **закономъ**.

Законъ, по этимологическому производству, означаетъ законченную норму, — отъ кон-ати; lex производятъ отъ eligendus — избранный, лучшій, или отъ ligendus — писанный, или отъ ligans — связывающій; Гейнекцій производитъ lex отъ Logos, такъ

какъ по Аристотелю законъ есть слово установленное по соглашенію гражданъ. Gesetz происходитъ отъ setzen, sitzen: одного корня съ нимъ Ansässigkeit. — Опредѣленіе Моля: «законъ есть общее предписаніе, которое исходитъ отъ уполномоченной къ тому власти и которому необходимо слѣдовать во всѣхъ будущихъ случаяхъ, логически подходящихъ подъ это предписаніе.» Штейнъ опредѣляетъ законъ такъ: «это есть воля государства, выраженная органами законодательства и возведенная къ понятію о волѣ личной согласіемъ верховной власти. Поэтому понятіе о законѣ предполагаетъ необходимо существованіе народнаго представительства.» *Stein*, Verw. Lehre, I. 53.

II. Нельзя представить себѣ общество, въ которомъ не существовало бы закона, точно такъ же, какъ оно немыслимо безъ своего олицетворенія. Уже на первыхъ ступеняхъ общественной жизни образуются законы, какъ выраженіе высшей направляющей власти. Между этою властью и закономъ происходитъ постоянное взаимнодѣйствіе, и по мѣрѣ юридической опредѣленности власти становится болѣе опредѣленною формальная сторона закона. Такъ, законы возникаютъ въ общественныхъ кругахъ, въ государствѣ, въ международномъ союзѣ; повсюду существуетъ власть, охраняющая жизненныя отношенія и установляющая для того нормы дѣятельности въ двоякой формѣ: взаимнаго соглашенія (pactum), и безусловно-выраженной воли, обязательной для всѣхъ членовъ общества. Въ томъ и другомъ случаѣ законъ предполагаетъ законодателя, то есть тѣ лица, которымъ ввѣрена власть охранять совокупность всѣхъ интересовъ и потребностей общества. Законодатель не создаетъ этихъ потребностей; онъ не стоитъ внѣ общества и его жизни, но даетъ направленіе и создаетъ право, какъ отдѣльную силу, стоящую надъ жизнью: nicht *das* ist mehr Recht, was in der Brust des Subjects lebt, sondern der todte Buchstabe (*Jhering*, II. 31). Всѣ члены общества

участвуютъ въ образованіи закона, по скольку они создаютъ юридическія отношенія; но выраженіе объективнаго права совершается только лицами, къ тому уполномоченными. Законодатель формулируетъ это право не собственною дѣятельностью, какъ въ обычаѣ, а въ словесномъ или письменномъ приказаніи, которое служитъ обязательнымъ руководствомъ для всѣхъ.

Законодатель стоитъ въ центрѣ народа, онъ сосредоточиваетъ въ себѣ его геній, его мысли и потребности, такъ что мы видимъ въ немъ истиннаго представителя народнаго духа. *Savigny*, Syst. I. 39. — Есть высокія, сильныя натуры, воззрѣніе которыхъ служитъ воплощеніемъ, прекраснымъ образомъ того, что̀ обще всѣмъ; эти лица обладаютъ творческою силою для конкретнаго выраженія всеобщаго. Государственный мужъ или законодатель не только обнимаетъ настоящее своего народа, но также пророчески видитъ въ его будущемъ и указываетъ ему пути, которые предлежитъ пройдти. *Beseler*, Volksrecht, 66.

III. Неразрывная связь между общественною жизнью и закономъ существуетъ постоянно. Она выражается прежде всего внѣшнимъ образомъ: всѣ члены общества участвуютъ непосредственно въ изданіи закона, который получаетъ характеръ взаимнаго соглашенія между полноправными лицами; lex est, quod populus jubet atque constituit (Gajus); законъ есть communis reipublicae sponsio (Papin.). Въ этой формѣ законы возникаютъ теперь въ международномъ быту: государства заключаютъ другъ съ другомъ трактаты, въ которыхъ выражаются обязательныя для нихъ нормы права. Здѣсь законодатель и лицо, подчиненное закону, совпадаютъ. Подобное явленіе представляютъ собою сдѣлки (compositiones) между общественными классами и между главами семействъ и племенъ; въ такихъ сдѣлкахъ примиряются разнообразные интересы и потребности, непосредственно принадлежащіе самимъ законодателямъ.

На этой первоначальной субъективной формѣ законъ остановиться не можетъ. Непосредственное участіе каждаго члена общества замѣняется представительствомъ, которое принадлежитъ или одной власти, олицетворяющей собою всѣ интересы цѣлаго, или же раздробляется юридически между нѣсколькими лицами, которыя только въ своей совокупности образуютъ законодательную власть.

IV. Эти общія условія образованія закона осуществляются въ тѣхъ ступеняхъ, которыя проходитъ законъ прежде, чѣмъ онъ получитъ направляющую силу для жизни.

Такъ, прежде всего законъ возникаетъ не произвольно, а вслѣдствіе необходимости охранить извѣстное отношеніе между лицами. Эта необходимость открывается каждый разъ, когда образовавшееся отношеніе остается юридически неохраненнымъ, или когда средства для его охраненія оказываются недостаточными. Законъ имѣетъ свою причину, поводъ или мотивъ (occasio legis) въ самой жизни, требующей охраненія въ формѣ права. Такимъ поводомъ служитъ напр. частое повтореніе извѣстнаго рода преступленій, вновь образующіяся сдѣлки между лицами, неизвѣстность и колебанія въ общественномъ быту и т. п. Поводъ къ закону можетъ быть указанъ каждымъ лицомъ, которое сознаетъ необходимость юридически охранить какъ свои собственныя, такъ и чужія потребности; чѣмъ болѣе развита общественная жизнь, тѣмъ живѣе чувствуется отдѣльными его членами несовершенство существующихъ законовъ и требованіе новыхъ: наблюденіе надъ жизнью, нравы и обычаи, фактическое выраженіе силъ указываютъ на потребность опредѣленнаго направленія.

На основаніи этихъ указаній составляется проектъ закона. Къ такому составленію уполномочены лица,

облеченныя правомъ *инициативы* или вчинанія, которое принадлежитъ всѣмъ представителямъ законодательной власти. Такъ напр. въ Англіи каждый членъ парламента можетъ сдѣлать предложеніе о новомъ законѣ (motion); во Франціи, по конституціи 1852 года (art. 8), правомъ вчинанія пользуется только императоръ; у насъ объ этомъ правѣ постановлено слѣдующее въ Осн. Зак.: «первообразное предначертаніе законовъ составляется или по Высочайшему усмотрѣнію и непосредственному повелѣнію, или же пріемлетъ начало свое отъ общаго теченія дѣлъ, когда при разсмотрѣніи оныхъ въ Правительствующемъ Сенатѣ, въ Св. Правит. Синодѣ и въ министерствахъ признано будетъ необходимымъ или пояснить и дополнить дѣйствующій законъ, или составить новое постановленіе»; остальныя учрежденія въ государствѣ могутъ указать на неясность или недостатки существующаго закона, но не имѣютъ собственно инициативы законодательной. Въ международномъ быту и въ общественныхъ кругахъ, пользующихся автономіею, каждый членъ можетъ предложить проектъ закона въ опредѣленныхъ предѣлахъ автономіи.

Предначертаніе закона есть предположеніе юридической нормы, не имѣющее обязательной силы. Оно подвергается обсужденію въ двоякой формѣ: со стороны всѣхъ членовъ общества и въ законодательномъ собраніи. Въ виду предполагаемаго закона каждому лицу должна быть предоставлена возможность высказать свое мнѣніе объ отношеніи проекта закона къ жизни, объ его вѣроятныхъ послѣдствіяхъ. Органомъ такого выраженія мнѣній служитъ *печать* (*Stein*, V. L. VI. 50) и замѣчанія спеціалистовъ, призванныхъ властью къ обсужденію проекта.

Такой характеръ имѣетъ у насъ приглашеніе въ законодательныя коммиссіи лицъ, заинтересованныхъ въ извѣстномъ вопросѣ

и знакомыхъ съ нимъ. Положеніе о крестьянахъ 1861 года, судебные уставы 1864, университетскій уставъ 1863, тарифъ и пр. были изданы послѣ обсужденія ихъ компетентными лицами. Въ предварительномъ разсмотрѣніи законопроектовъ высказывается общественное мнѣніе о нихъ, и нерѣдко проекты встрѣчали такое нерасположеніе общества, что лица, имѣющіе право инціативы, брали назадъ свои предначертанія и замѣняли ихъ другими.

Формальное обсужденіе проекта совершается законодательною властью, причемъ отдѣльныя лица не только высказываютъ свои мнѣнія, но и постановляютъ рѣшенія въ пользу или противъ проекта. При этомъ возможны частныя измѣненія или поправки (amendements), которыя разсматриваются такъ же, какъ и проектъ; въ той формѣ, въ какой большинство членовъ законодательнаго собранія принимаетъ проектъ, составляется его окончательная редакція или текстъ.

На всѣхъ этихъ ступеняхъ законъ приводится въ согласіе съ общественнымъ сознаніемъ о правѣ, объ его фактическомъ и нравственномъ элементѣ. Отъ характера общества зависитъ большая или меньшая степень юридической опредѣленности представительства; такъ, въ международномъ быту не признается большинство голосовъ при установленіи закона; не во всѣхъ государствахъ народные представители (minores saniores) пользуются юридическимъ полномочіемъ для выраженія общественнаго сознанія. Съ другой стороны большинство есть явленіе фактическое (случайное), измѣнчивое; лица, участвующія въ законодательствѣ, суть представители интересовъ и сознанія только извѣстной части общества: поэтому формулированный ими законъ не можетъ еще считаться безусловнымъ выраженіемъ права и рѣшенія цѣлаго общества. Необходимо, чтобы законъ прошелъ еще новую ступень и выражалъ волю того,

кто олицетворяетъ въ себѣ все общество безъ различія его полноправныхъ и неполноправныхъ членовъ.

Въ новое время сдѣлано нѣсколько попытокъ къ тому, чтобы формально обезпечить меньшинству представительство при выборахъ въ законодательныя палаты. Такъ, одни полагаютъ, что цѣль будетъ достигнута, если при трехъ представителяхъ каждый избиратель назначалъ бы только двухъ; другіе (Гэръ) полагаютъ сдѣлать выборы не по мѣстностямъ, а отъ цѣлой страны; третьи (Лоримеръ) считаютъ необходимымъ предоставить нѣкоторымъ избирателямъ по нѣскольку голосовъ и проч. — Существуетъ право, говоритъ Фрёбель (I. 253), которое независитъ отъ подачи голосовъ, но которое наоборотъ служитъ мѣриломъ достоинства и значенія вотированія, какъ бы ни было велико большинство. — Противъ безусловнаго преобладанія большинства служатъ гарантіею: общественное мнѣніе, митинги, оппозиція, распущеніе палатъ и обращеніе къ народу. — Въ Сѣвероамериканскихъ Штатахъ судебная власть обязана наблюдать за тѣмъ, чтобы законы не противурѣчили конституціи.

V. Олицетвореніемъ всего общества и его нравственныхъ основъ служитъ верховная власть въ государствѣ, которая утверждаетъ и обнародуетъ законъ.

Оба эти акта совпадаютъ другъ съ другомъ. Какъ скоро верховная власть обнародуетъ законъ, она тѣмъ самымъ соглашается со всѣмъ, что постановлено законодательнымъ собраніемъ. Поэтому во многихъ странахъ особый актъ обнародованія считается излишнимъ; такъ напр. въ Англіи проектъ закона (билль), принятый двумя палатами, становится обязательнымъ для всѣхъ съ того момента, какъ онъ получилъ санкцію короля (royal assent); по выраженію Блекстона, каждый англичанинъ самъ участвуетъ въ составленіи закона и знаетъ объ его санкціи въ палатѣ: he being present thereat by his representatives. Тоже дѣйствуетъ въ Америкѣ. Въ другихъ странахъ государь, какъ представитель законодательной вла-

сти, даетъ санкцію закону, а въ качествѣ исполнительной власти обнародуетъ его (*Laferrière*, I. 135).

Въ Римѣ promulgatio означало составленіе закона и передачу его на обсужденіе собранію: omnes populi legibus jam a nobis promulgatis vel compositis reguntur (Inst. Justin.). — Ст. 10 франц. конституціи 1852 говоритъ: l'empereur sanctionne et promulgue les lois. Формула объявленія заключаетъ въ себѣ также оба акта: avons sanctionné et sanctionnons, mandons et ordonnons.

VI. Собственно санкція или ратификація закона есть актъ, которымъ рѣшенію фактическаго большинства представителей или сдѣлкѣ между государствами придается юридическій характеръ. Личная воля общества получаетъ въ санкціи послѣднее законченное выраженіе; всѣ различныя мнѣнія о законѣ приводятся здѣсь къ единству.

Въ нашихъ Основ. Законахъ объ этомъ постановлено слѣдующее: «всѣ предначертанія законовъ разсматриваются въ государственномъ совѣтѣ, потомъ восходятъ на Высочайшее усмотрѣніе и не иначе поступаютъ къ предназначенному имъ совершенію, какъ дѣйствіемъ Самодержавной Власти. Никакое мѣсто или правительство въ государствѣ не можетъ само собою установить новаго закона и никакой законъ не можетъ имѣть своего *совершенія* безъ утвержденія Самодержавной Власти.» Формулою санкціи служатъ слова: «быть по сему»; въ Англіи: le roy le veut; отказъ въ санкціи выражается въ Англіи и во Франціи словами: le roi avisera или le roi veut en délibérer.

VII. Законъ, получившій санкцію верховной власти, уже существуетъ; но онъ становится обязательнымъ для всѣхъ только послѣ своего обнародованія (publicatio). Lex non obligat nisi rite promulgata. Самый простой способъ обнародованія есть устное провозглашеніе закона: въ древности законы читались герольдами и выставлялись въ публичныхъ мѣстахъ; въ средніе вѣка они провозглашались передъ ратушами и въ церквяхъ (послѣднее сохранялось до новѣйшаго времени въ Голштейнѣ),

а затѣмъ посылались въ юридическія школы; въ новое время органомъ обнародованія служатъ офиціяльные журналы, напр. во Франціи Bulletin des lois, у насъ Сенатскія Вѣдомости и проч. Съ момента обнародованія каждый законъ считается общеизвѣстнымъ, такъ что всѣ обязаны знать его: ignorantia juris non excusat; nul n'est censé ignorer la loi; es kann sich Niemand mit der Unwissenheit eines gehörig publicirten Gesetzes entschuldigen (Preus. Landr. § 10); constitutiones principum nec ignorare quemquam nec dissimulare permittimus; «никто не можетъ отговариваться невѣдѣніемъ закона, когда онъ былъ обнародованъ установленнымъ порядкомъ.»

У насъ законы обнародуются Прав. Сенатомъ, который для этого предаетъ ихъ печатанію и посылаетъ присутственнымъ мѣстамъ и лицамъ при указахъ. Обнародованіе законовъ въ губерніяхъ возлагается на губернскія правленія (Зак. Осн., 57, 58).— Законы обнародуются на томъ языкѣ, который имѣетъ значеніе государственнаго, иногда съ переводомъ на другіе; въ Бельгіи напр. на французскомъ, въ Австріи на нѣмецкомъ съ переводами, при чемъ нѣмецкій текстъ есть главный (законъ 1852). Трактаты пишутся на языкѣ, общемъ для договаривающихся сторонъ, въ противномъ случаѣ на французскомъ.

Исключеніе изъ этого допускается только для лицъ, которымъ не можетъ быть вмѣнено незнаніе: quibus permissum est jus ignorare; таковы напр. дѣти и престарѣлые. По ихъ особенной неспособности, къ нимъ не прилагается правило: regula est, juris ignorantia cuique nocere, по скольку законъ касается не общихъ нравственныхъ началъ, а особыхъ фактическихъ положеній или техническихъ опредѣленій (н. п. сроковъ). Такъ, по римскому воззрѣнію всѣ обязаны были знать право, вытекавшее ex naturali ratione; у новыхъ народовъ хотя юридически и не допускается возможность незнанія

закона, однако присяжные по совѣсти иногда считаютъ такое незнаніе обстоятельствомъ, смягчающимъ вину.

VIII. Обнародованный и потому общеизвѣстный законъ получаетъ обязательную силу, по скольку онъ служитъ выраженіемъ общественнаго сознанія о правѣ. Эта, повидимому, мертвая буква становится направляющею силою для каждаго; въ ней выражается единство и цѣлость общества; нравственною силою равенства для всѣхъ законъ возвышается надъ личными убѣжденіями, мнѣніями и взглядами; повиновеніе ему воспитываетъ въ отдѣльныхъ лицахъ то *чувство законности*, безъ котораго невозможенъ нравственный характеръ.

Каждый законъ, представляя собою совокупность всѣхъ элементовъ права, можетъ быть и весьма часто бываетъ теоретически несовершеннымъ, но въ немъ выражается всегда формальная или юридическая истина, признаваемая непреложною. Въ этомъ смыслѣ законъ не допускаетъ никакого противурѣчія себѣ и требуетъ безусловнаго повиновенія; каждый членъ общества въ своей дѣятельности обязанъ признавать, что въ законѣ выражена истина, на сколько она можетъ прилагаться къ даннымъ отношеніямъ жизни, что въ немъ найдена наилучшая и самая твердая форма охраненія благъ. Поэтому приложеніе закона къ каждому отдѣльному случаю состоитъ въ повѣркѣ не закона, а факта: приложеніе есть логическій выводъ изъ большей посылки (закона), которая признается безспорною, и меньшей посылки (факта); если фактическое отношеніе принадлежитъ къ тѣмъ, которыя опредѣлены закономъ (если существуетъ casus legis), то несомнѣнно его приложеніе и притомъ въ томъ размѣрѣ, въ какомъ законъ логически распространяется на факты; только cessante ratione legis cessat lex ipsa.

«Законъ, въ надлежащемъ порядкѣ обнародованный, долженъ быть свято и непарушимо исполняемъ какъ подданными, такъ и иностранцами, въ Россіи пребывающими, поколику то до нихъ принадлежать можетъ, безъ различія званій, чина и пола. Законы должны быть исполняемы безпристрастно, по точному и буквальному смыслу оныхъ, безъ всякаго измѣненія и распространенія.»

IX. Обязательная сила закона распространяется на тѣ факты, которыя возникаютъ послѣ его изданія. Это правило выражается такъ: законъ не имѣетъ обратнаго дѣйствія; lex ad praeteritum non valet; leges ad praeteritum non sunt trahendae; le loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a point d'effet rétroactif (Code Nap. 2). Направляющая сила закона опредѣляетъ только будущіе факты; lex ex post facto противурѣчитъ существу направленія, которое не можетъ простираться на прошедшее.

Дѣйствительно, законъ, охраняя отношенія между лицами, или съуживаетъ, или расширяетъ область юридически дозволеннаго.

Въ первомъ случаѣ дѣйствіе, совершенное лицомъ до изданія закона, было дозволено и потому оно получило значеніе совершившагося факта, который долженъ быть признанъ; несправедливо было бы подвергать кого-либо отвѣтственности за то, что было дозволено (*Théodosiadès*, 62). На этомъ основаніи всякое пріобрѣтенное лицомъ право остается въ своей силѣ, не смотря на законъ, измѣняющій способы пріобрѣтенія.

Наоборотъ, если законъ расширилъ область дозволеннаго, это расширеніе относится только къ будущимъ фактамъ, но все совершившееся прежде остается безъ перемѣны: прошедшее подлежало другой направляющей силѣ. Такъ напр. преступникъ, уже потерпѣвшій наказаніе, не можетъ требовать вознагражденія за это, хотя

бы на основаніи новаго закона дѣйствіе, за которое онъ былъ наказанъ, перешло въ область дозволеннаго.

X. Такимъ образомъ всѣ права, окончательно пріобрѣтенныя или окончательно потерянныя, относятся къ прошедшему; напротивъ всякое отношеніе, не выполнившее существенныхъ условій своего бытія, есть будущее.

Пріобрѣтенныя права суть тѣ, которыя образовались вполнѣ и сдѣлались чрезъ то предметомъ требованія, исковыми (jura quaesita). Сюда относятся напр. право законнаго наслѣдства, когда собственникъ уже умеръ, право наслѣдства по завѣщанію послѣ смерти завѣщателя, право кредитора на полученіе процентовъ по истеченіи срока займа, дѣйствительность договора (tempus regit actum), законность брака, условія пріобрѣтенія имущества и пр. Эти права остаются неприкосновенными при изданіи новаго закона, и всякое измѣненіе ихъ представляло бы собою обратное дѣйствіе закона.

Напротивъ всѣ права, еще неосуществленныя, суть будущія: spes certae, eventuelle Rechte, expectative. Сюда относятся напр. надежда получить имущество по завѣщанію, пока завѣщатель живъ; надежда должника, что кредиторъ пропуститъ срокъ давности и пр. (*Théodosiadès*, 54). На этомъ основаніи, если законъ уменьшаетъ проценты, то это уменьшеніе распространяется на всѣхъ должниковъ съ момента изданія закона, не измѣняя однако обязанности уплаты за прежнее время; новый законъ о завѣщаніяхъ требуетъ измѣненія завѣщаній, если завѣщатель еще живъ и право наслѣдства не вступило въ свою силу; отношенія, возникающія изъ брака суть также facta futura; новый срокъ давности прилагается къ владѣнію, которое остается еще въ своемъ фактическомъ значеніи и не успѣло превратиться въ право; если же новый срокъ давности короче

прежняго, то онъ считается только со времени изданія закона, придающаго ему юридическую силу. Во всѣхъ этихъ случаяхъ недостаетъ того условія, которое необходимо для осуществленія права.

Относительно давности въ австрійскихъ законахъ предоставляется каждому или начать срокъ ея съ изданія новаго закона, или же считать ее по прежнему закону; Вехтеръ, Вангеровъ и др. думаютъ, что справедливѣе считать время истекшее по прежней давности пропорціонально съ вновь установленнымъ срокомъ ея; Кирульфъ считаетъ истекшее время за factum praeteritum. — Въ Австріи, по закону 1856 года, дѣйствительность преждесовершеннаго брака опредѣляется новымъ закономъ.

XI. Всѣ отношенія, которыя не могутъ получить характера совершившагося факта, подлежатъ обратному дѣйствію закона. Сюда относятся всѣ тѣ положенія лица и имущества, которыя существуютъ только потому, что законъ охраняетъ ихъ и лишь до тѣхъ поръ, пока это охраненіе продолжается. Такъ напр. правоспособность физическаго и юридическаго лица не можетъ считаться совершившимся фактомъ, а потому новый законъ измѣняетъ ее: если корпораціи или сословію запрещается владѣть извѣстнаго рода имуществомъ, то изданіе закона объ этомъ влечетъ за собою лишеніе имущества, хотя бы и пріобрѣтеннаго прежде (секуляризація церковныхъ имѣній); всѣ политическія права подлежатъ тому же правилу, потому что прямо и непосредственно основаны на существующемъ законѣ: сюда относятся личныя отношенія власти (крѣпостное право, семейная власть). Къ политическимъ правамъ принадлежатъ также постановленія о судѣ и о наказаніи: право, находящееся въ процессѣ, есть прошедшій фактъ, но его отысканіе совершается по новымъ формамъ; точно также новый болѣе мягкій законъ о наказаніи прилагается

къ совершенному прежде преступленію: виновный пользуется льготою наравнѣ съ другими.

Савинья (System, VIII. 415) считаетъ совершеннолѣтіе, исполнившееся по прежнему закону, за пріобрѣтенное право. — Съ правоспособностью не должно смѣшивать общественное положеніе лица, напр. положеніе подданнаго, законнаго сына и проч. *Théodosiadès*, 45. На этомъ основаніи лица, получившія безъ выбора должности, которыя сдѣлались по новому закону выборными, сохраняютъ свое прежнее положеніе. — Постановленіямъ о томъ, какія имущества считать движимыми и недвижимыми, родовыми и благопріобрѣтенными и пр., придается обратная сила, хотя совершившееся пріобрѣтеніе ихъ не измѣняется. — Приложеніе болѣе мягкихъ законовъ къ преступленіямъ многіе объясняютъ началомъ человѣколюбія.

§ XII. Моментъ прошедшаго и будущаго опредѣляется временемъ появленія закона. Но иногда въ самомъ законѣ постановлено, что появленіе его должно считаться или раньше, или позже. Первый случай бываетъ тогда, когда законъ считается изданнымъ раньше, т. е. онъ въ сущности не заключаетъ въ себѣ ничего новаго, а служитъ только истолкованіемъ прежняго закона. Отсрочка же въ приложеніи закона вызывается тѣмъ, что необходимо извѣстное время прежде чѣмъ законъ сдѣлается общеизвѣстнымъ. Поэтому въ самомъ законѣ обозначается, что не всѣ будущія дѣйствія подводятся подъ него, а лишь тѣ, которыя совершатся послѣ истеченія извѣстнаго времени. Такая отсрочка или бездѣйствіе закона называется vacatio legis; напр. установляются налоги, вводится новая монетная система не тотчасъ, а по истеченіи извѣстнаго времени.

У насъ такая отсрочка приложенія закона должна быть выражена въ немъ самомъ; въ противномъ случаѣ дѣйствуетъ правило, что каждое присутственное мѣсто прилагаетъ законъ со дня полученія его (Осн. Зак. 59).

Трактаты получаютъ свою силу со времени ратификаціи. Въ Пруссіи мѣстомъ обнародованія служитъ Берлинъ, и законъ прилагается, смотря по разстоянію, въ сроки отъ 8 до 14 дней (законъ 1846); по акту Сѣверогерманскаго Союза (ст. 2) законы получаютъ свою силу черезъ 14 дней послѣ обнародованія; въ Австріи черезъ 45 дней, въ Бельгіи черезъ 11; во Франціи полагается одинъ день для резиденціи императора, а для другихъ мѣстъ прибавляется по одному дню на каждые 10 миріаметровъ разстоянія. Обратное дѣйствіе закона у насъ имѣетъ мѣсто: когда онъ есть только изъясненіе прежняго закона и когда въ немъ постановлено, что сила его простирается и на facta praeterita (Осн. Зак. 61).

Со введеніемъ телеграфовъ открылось новое средство обнародованія законовъ; но при этомъ не должно уничтожаться vacatio legis, необходимое для ознакомленія съ закономъ. Ср. *Mohl*. Polit., 603.

†XIII. Прилагаясь только къ будущимъ фактамъ, законъ имѣетъ всегда обратное дѣйствіе на прежній законъ одинаковаго съ нимъ содержанія. Lex posterior derogat priori: новое выраженіе права въ формѣ закона отмѣняетъ прежнее тождественное выраженіе. Такая отмѣна называется *derogatio* legis; она простирается на все, что прямо противурѣчитъ новому закону, но не касается исключеній: lex posterior generalis non derogat priori speciali. Изъятія изъ общаго закона отмѣняются лишь тогда, когда въ самомъ законѣ сказано, что онъ уничтожаетъ все разнообразіе прежняго права, или же когда подлежитъ уничтоженію цѣлый институтъ (напр. крѣпостное право). Наоборотъ, исключеніе отмѣняетъ общій законъ только относительно случая, подлежащаго исключенію: in toto jure generi per speciem derogatur et illud potissimum habetur, quod ad speciem directum est. Трудность въ опредѣленіи отношенія между двумя законами

вызываетъ иногда особыя временныя правила для введенія новаго закона, облегчающія переходъ отъ стараго порядка къ новому; таковы напр. у насъ правила при введеніи судебныхъ уставовъ, земскихъ учрежденій и пр.†

Законъ сохраняетъ свое дѣйствіе, доколѣ не будетъ отмѣненъ силою новаго закона; законъ общій отмѣняется такимъ же общимъ закономъ. Указъ, изданный за собственноручнымъ Высочайшимъ подписаніемъ не иначе отмѣненъ быть можетъ, какъ таковымъ же указомъ (Осн. Зак. 70, 73).

XIV. Независимо отъ этого законъ можетъ прекратить свое дѣйствіе по различнымъ обстоятельствамъ; такая отмѣна называется *abrogatio*. Такъ, законы, изданные на время, прекращаются съ окончаніемъ срока; законы, имѣющіе опредѣленную цѣль, теряютъ свою силу съ достиженіемъ ея; наконецъ законы условные отмѣняются, когда извѣстное предположеніе оказывается недѣйствительнымъ: cessante ratione legis cessat lex ipsa. Напр. временныя правила отмѣняются съ полнымъ введеніемъ закона, постановленія относящіяся къ опредѣленной войнѣ — съ заключеніемъ мира и проч. Такая отмѣна обязательной силы закона должна быть выражена въ немъ самомъ; въ противномъ случаѣ законъ дѣйствуетъ непрерывно, опредѣляетъ безпредѣльное будущее и не погашается никакою давностью. Въ прекращеніи обязательной силы закона, хотя и безъ замѣны его новымъ, высказывается всегда новое направленіе жизни: область дозволеннаго становится шире и слѣд. дается большій просторъ жизненнымъ отношеніямъ и охраняющимъ ихъ нормамъ. Напр. уничтоженіе указныхъ процентовъ, отмѣна цензуры имѣютъ послѣдствіемъ движеніе жизни и образованіе новыхъ формъ ея охраненія. Слѣд. при отмѣнѣ закона хотя и непрямо возникаетъ всегда новый законъ вмѣсто прежняго.

Въ Римскомъ правѣ abrogatio означало полную отмѣну, derogatio частную, а subrogatio дополненіе закона: derogatur legi, cum pars detrahitur, abrogatur legi, cum prorsus tollitur.

✦XV. Отмѣна и прекращеніе закона вызываются измѣненіемъ самой жизни и необходимостью охранить ея отношенія. Законъ и трактатъ, упорно отстаивающіе себя противъ требованій жизни, теряютъ свою внутреннюю силу и становятся излишнимъ стѣсненіемъ, противъ котораго возникаетъ постоянная борьба; ихъ ratio, смыслъ исчезаетъ, и они остаются формою безъ содержанія, охраняютъ то, что̀ теряетъ свою творческую силу.

Но съ другой стороны частая смѣна законовъ подрываетъ уваженіе къ нимъ. Законъ долженъ являться во всемъ величіи своего послѣдняго слова; безпрерывные опыты, пробы, постоянная замѣна стараго новымъ, которое быстро старѣется и требуетъ новой замѣны — эта нервная подвижность законодательства указываетъ на ненормальное состояніе общества. Слово законодателя есть священное слово, произнесенное имъ послѣ внимательнаго изученія всѣхъ сторонъ вопроса, всѣхъ причинъ и послѣдствій того или другаго явленія; преждевременно охранять силою закона тѣ потребности, которыя не заявили себя вполнѣ, значитъ поддерживать ихъ случайное выраженіе и подрывать чувство законности, воспитывающееся уваженіемъ къ слову законодателя.

Нигдѣ законы не отличаются такою стойкостью, какъ въ Англіи. «Реформы, говоритъ графъ Россель (рѣчь въ Ньюкасслѣ 1861 года), въ которыхъ я принималъ участіе, совершались медленно. Нашимъ учрежденіямъ и духу нашего народа противны безполезныя перемѣны; а потому всякій другъ прогресса долженъ вооружиться терпѣніемъ и дѣйствовать спокойно, пока общественное мнѣніе не выяснится вполнѣ и не приложитъ свою печать къ тому, что̀ предполагается ввести въ законъ. Благодаря зрѣлому обсужденію, мы никогда не пятимся назадъ на пути нашихъ вольно-

стей, и подымаясь съ трудомъ на вершину, мы идемъ потомъ легко и безопасно.» — Законодательство обезпечиваетъ движеніе жизни, устраняя все непригодное и устарѣлое, укрѣпляя и пополняя юридическіе институты, выработанные народною жизнью. *Beseler*, Volksrecht, 235. +

+XVI. Возникновеніе и прекращеніе законовъ совершается въ опредѣленной формѣ и въ опредѣленныхъ предѣлахъ. Эти предѣлы установляются не законодательною властью, а совокупностью тѣхъ силъ, которыя образуютъ извѣстное общество въ той или другой формѣ. И такъ какъ общество олицетворяется въ опредѣленной власти, то юридическое положеніе этой власти составляетъ предметъ законовъ, которые называются основными или фундаментальными. Разъ установленные народною исторіею, они остаются неприкосновенными и могутъ быть измѣнены только путемъ факта, пересоздающаго общество. Въ государствѣ основные законы опредѣляютъ главнымъ образомъ способъ установленія законовъ: это суть законы о законодательствѣ (*Chalybaeus*, II. 36). Они опредѣляютъ права верховной власти и ея органовъ и участіе отдѣльныхъ лицъ въ дѣлахъ общества; въ нихъ выражается всегда конкретный характеръ общества, какъ лица, который служитъ основою его юридической жизни. Эти законы носятъ названіе *конституцій* (Verfassungsgesetze, lois constitutionelles), когда вытекаютъ изъ взаимнаго договора и установляются особыми учредительными собраніями (pouvoir constituant), которымъ поручается вновь образовать юридически общество; основные законы, въ которыхъ верховная власть добровольно подчиняется юридическимъ опредѣленіямъ, называются *хартіями* (charles) или октроированными конституціями.

Нѣкоторые принимаютъ три вида основныхъ законовъ: основные законы въ тѣсномъ смыслѣ (Staatsgrundgesetze), опредѣляющіе го-

сударство въ значеніи лица; конституціонные — имѣющіе предметомъ участіе гражданъ въ государственныхъ дѣлахъ и ихъ обязанности къ государству, какъ лицу (н. п. рекрутство); наконецъ органическіе законы касаются управленія. — У насъ къ Основнымъ Законамъ относятся всѣ установленныя народною исторіею положенія о правахъ Самодержавной Власти, о законахъ, о вѣрѣ, о престолонаслѣдіи и учрежденіе Императорской Фамиліи императора Павла 1797 года, 5-го апрѣля. — Въ Швейцаріи, Франціи и Америкѣ основные законы могутъ быть измѣнены только народнымъ собраніемъ; въ Англіи съ 14-го столѣтія остается неизмѣнною Magna Charta, хотя юридически право парламента въ области законодательства неограничено. — Понятіе объ основныхъ законахъ прилагается не только къ государству, но и ко всякому обществу: уставъ университета, положеніе о земствѣ и пр. служатъ для нихъ основнымъ закономъ. ⊢

XVII. Въ предѣлахъ, опредѣленныхъ основными законами, возникаютъ и отмѣняются законы въ тѣсномъ смыслѣ (общіе, gewöhnliche, lois, statutes). Они даютъ юридическій характеръ отношеніямъ, возникающимъ въ обществѣ, а потому не могутъ противурѣчить основаніямъ или основнымъ законамъ этого общества. Но и при соблюденіи этого условія, законы въ тѣсномъ смыслѣ имѣютъ столь важное направляющее значеніе для жизни, для личной отдѣльности и зависимости, что формулированіе ихъ можетъ быть предоставлено только особой власти. Такою властью облечено народное представительство въ цѣломъ его составѣ, какъ онъ опредѣленъ конституціею. Всякое предписаніе, исходящее не отъ этой власти, а отъ другихъ общественныхъ властей или отъ одного только органа законодательства, не имѣетъ характера закона. Такимъ образомъ, трактаты могутъ быть заключаемы только самостоятельными государствами и въ нѣкоторыхъ случаяхъ требуютъ утвержденія законодательныхъ собраній; законы внутри государства

суть опредѣленія, изданныя совокупно этими собраніями и верховною властью.

У насъ источникъ законодательства есть Самодержавная власть Монарха; всѣ законы суть выраженія его воли, а потому издаются не иначе, какъ за собственноручнымъ Высочайшимъ подписаніемъ (Осн. Зак. 54). Поэтому всякое постановленіе, получившее санкцію Государя Императора, имѣетъ силу закона: таковы Высочайше утвержденныя мнѣнія государственнаго совѣта и другихъ высшихъ государственныхъ установленій, всеподданнѣйшіе доклады Главнаго Военнаго Суда и проч.

Такъ-называемые provisorische Gesetze въ Германскихъ конституціяхъ суть законы, издаваемые временно и подъ условіемъ подтвержденія ихъ палатами; въ противномъ случаѣ они теряютъ силу (Прусск. конст. § 63).

XVIII. Законы въ тѣсномъ смыслѣ опредѣляютъ нормы юридическихъ отношеній; поэтому только въ формѣ закона могутъ быть выражены всѣ тѣ ограниченія, которыя установляются для личной отдѣльности или свободы, и тѣ неизмѣнныя правила, которыми обезпечиваются блага каждаго. На этомъ основаніи необходимымъ содержаніемъ закона служатъ: права на имущество, опредѣленіе наказаній, формы суда, военная повинность, государственные налоги и соединенный съ ними бюджетъ, заключеніе государственныхъ займовъ, учрежденіе постоянныхъ властей. Никакое требованіе, относящееся къ ограниченію правъ физическаго и юридическаго лица, не можетъ считаться обязательнымъ, если оно не основано на законѣ въ тѣсномъ смыслѣ: неприкосновенность личная и имущественная ограждается закономъ и въ немъ находитъ свои предѣлы.

Существо и границы собственности и свободы — этихъ двухъ центровъ, около которыхъ вращается государственная жизнь —

могутъ быть опредѣлены только закономъ. *Gerstner*, I. 153. — Kein dauerndes Staatsamt ohne Gesetz (Блунчли). — Въ большей части конституцій установлены эти основныя отношенія лицъ; законы служатъ только ихъ развитіемъ, а потому законодательная власть обязана наблюдать, чтобы ея постановленія не противурѣчили конституціи; въ Сѣв. Америкѣ такое наблюденіе предоставлено также судамъ.

XIX. Законъ, установляя прочныя и постоянныя нормы общественныхъ отношеній, имѣетъ характеръ общій, то есть онъ касается всѣхъ лицъ и всѣхъ фактовъ, совершающихся послѣ его изданія. Lura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur: и тѣ лица, которыя участвовали въ изданіи закона, подчиняются ему. Какъ скоро лицо живетъ въ обществѣ, оно обязано слѣдовать юридическимъ правиламъ, установленнымъ властью этого общества. Всякая перемѣна въ законодательствѣ, разширеніе или стѣсненіе области дозволеннаго, относится одинаково ко всѣмъ: равенство передъ закономъ есть основное начало общежитія; законъ имѣетъ всегда характеръ jus commune et generale. Возникая иногда по частному случаю, законъ распространяетъ свое рѣшеніе по этому случаю на всѣ другіе, тождественные съ нимъ; онъ обобщаетъ явленія жизни, и, давая свои опредѣленія для будущаго времени, предвидитъ повтореніе уже совершившихся фактовъ.

Правило о томъ, что государь стоитъ внѣ закона — princeps legibus solutus est — прилагается только къ уголовнымъ законамъ: трактаты главнымъ образомъ касаются государей, конституціи опредѣляютъ положеніе верховной власти, въ качествѣ частныхъ собственниковъ государи подчиняются общимъ законамъ. — У насъ *сепаратные* указы, т. е. состоявшіеся по частному дѣлу, имѣютъ силу закона по опредѣленному ими роду дѣлъ, если въ нихъ означено, что они распространяются и на будущее время (Осн. Зак. 70, 67); въ противномъ случаѣ сепаратный указъ имѣетъ характеръ рѣшенія или личной льготы не въ примѣръ другимъ.

Такъ напр. съ Высочайшаго разрѣшенія можно оставить все имущество родовое, помимо наслѣдниковъ, женѣ; можно учредить майоратъ или заповѣдное имущество; по Высочайшему повелѣнію учреждается опека на особыхъ основаніяхъ и пр.

XX. Общій характеръ законодательныхъ нормъ и возможная стойкость и неизмѣнность законовъ дѣлаютъ необходимою передачу права изданія предписаній и распоряженій тѣмъ лицамъ, которыя прилагаютъ законъ. Такое право называется вообще автономіею и принадлежитъ различнымъ общественнымъ властямъ.

Такъ, прежде всего верховная власть имѣетъ право издавать свои распоряженія (réglements, décrets, Verordnungen). По скольку верховная власть есть олицетвореніе общества, ея предписанія имѣютъ характеръ закона, пополняютъ пробѣлы въ законодательствѣ и указываютъ на мѣры къ исполненію закона. Гдѣ въ лицѣ верховной власти всецѣло сосредоточивается источникъ обязательной силы закона, тамъ ея предписанія тождественны съ законами: die Verordnung ist der Staatswille *ohne* Volksvertretung, das Gesetz der Staatswille *mit* derselben (*Stein*, V. L. I. 53). Только при выдѣленіи особой законодательной власти, автономія представителя государства находитъ въ ней свои предѣлы, и народное представительство отмѣняетъ все, что̀ въ распоряженіяхъ противурѣчитъ конституціи.

У насъ собственно немыслимо существенное различіе между законами и распоряженіями; однакоже въ постановленіяхъ закона есть указаніе на особый видъ Высочайшихъ повелѣній. Такъ, вопервыхъ, у насъ существуютъ словесные указы, объявляемые уполномоченными къ тому лицами и касающіеся дополненія и изъясненія закона, коими установляется только образъ его исполненія (Осн. Зак. 55). Объявленный указъ не можетъ отмѣнить закона, изданнаго за собственноручнымъ Высочайшимъ подписаніемъ; вообще онъ не имѣетъ силы въ дѣлахъ: о лишеніи жизни,

чести или имущества, объ установленіи или уничтоженіи налоговъ, сложеніи недоимокъ и казенныхъ взысканій, объ отпускѣ сверхсмѣтныхъ суммъ, о возведеніи въ дворянство и лишеніи онаго, объ опредѣленіи въ высшія должности и увольненіи отъ нихъ (Осн. Зак. 66). Такимъ образомъ здѣсь исчислены всѣ предметы собственно закона въ тѣсномъ смыслѣ. Формами Высочайшихъ повелѣній, кромѣ словесныхъ указовъ, служатъ далѣе рескрипты и приказы, хотя содержаніе ихъ не всегда одинаково: иногда рескриптъ заключаетъ въ себѣ указаніе на общія государственныя мѣры (напр. 1866 года предсѣдателю комитета министровъ), иногда же онъ касается только заслугъ извѣстнаго лица и пр.

Въ конституціонныхъ государствахъ автономія верховной власти опредѣлена съ большею или меньшею точностью. Въ Англіи она почти не существуетъ вовсе, равно какъ и въ Америкѣ, безъ особаго полномочія законодательной власти на извѣстный предметъ (н. п. президенту С. А. Штатовъ въ 1860). — Во Франціи автономія императора болѣе обширна: по ст. 6 конституціи 1852, онъ имѣетъ право издавать декреты, необходимые для исполненія законовъ, разрѣшаетъ всѣ общественныя работы и предпріятія. Сверхъ того вмѣстѣ съ сенатомъ императоръ издаетъ сенатусконсульты по слѣдующимъ вопросамъ: объ управленіи колоніями, обо всемъ, что́ не было предусмотрѣно конституціею и необходимо для ея приложенія, наконецъ о смыслѣ неясныхъ статей конституціи (ст. 27). — Въ Пруссіи всѣ королевскія распоряженія контролируются палатами (ст. 106). По мнѣнію Рённе, Яна и др. слѣдуетъ предоставить это право судамъ. См. Zeitschr. von *Aegidi*. — Сущность распоряженій Штейнъ опредѣляетъ такъ: immer aber bleibt es das Wesen der Verordnungen kein objectives Recht zu schaffen, sondern nur den Organen der Vollziehung in ihrer Thätigkeit bestimmte Vorschriften zu geben. *Stein*, V. L. I. 47.

XXI. Автономія законодательства предоставляется также органамъ верховной власти. Сюда относятся министры, какъ ближайшіе исполнители ея воли, и тѣ юридическія лица, на которыя возлагается государствомъ управленіе извѣстнаго рода дѣлами, напр. города, земство и пр. При разнообразіи органовъ управленія, объемъ и характеръ предоставленной имъ автономіи зави-

ситъ отъ степени ихъ непосредственнаго отношенія къ верховной власти. Такъ напр. у насъ названіе правительственныхъ распоряженій придается предписаніямъ только тѣхъ высшихъ учрежденій, которымъ присвоено право принимать общія государственныя мѣры по непосредственному указанію и соизволенію Государя императора. Въ отличіе отъ законовъ, эти распоряженія имѣютъ предметомъ своимъ общеполезныя мѣры, какъ обыкновенныя, такъ и чрезвычайныя, съ цѣлью осуществленія того, что̀ уже постановлено въ законѣ или предполагается опредѣлить законодательнымъ путемъ. Эти мѣры должны быть едиными и общими для всего государства, такъ какъ безъ этого условія немыслимо управленіе.

Понятіе о правительственныхъ распоряженіяхъ находится въ связи съ понятіемъ о правительствѣ. Такъ напр. въ конституціонныхъ государствахъ эти распоряженія издаются министерствомъ въ цѣломъ его составѣ. У насъ органами такихъ распоряженій служатъ: Сенатъ, Синодъ, государственный, военный и адмиралтейскій совѣты, комитетъ и совѣтъ министровъ, главный комитетъ объ устройствѣ сельскаго состоянія. Высочайше утвержденныя положенія высшихъ правительственныхъ мѣстъ или правительственныя распоряженія обнародуются тѣмъ же порядкомъ, какъ и законоположенія: ни одинъ частный или офиціяльный журналъ не можетъ печатать ихъ прежде обнародованія въ сенатскихъ паданіяхъ (указъ 14-го марта 1868). Вообще вопросъ объ отношеніи между законодательною и правительственною властями представляетъ много неопредѣленнаго даже и въ тѣхъ государствахъ, въ которыхъ права ихъ формулированы болѣе точно. Ср. *Реннекампфъ*, 85—95.

Что касается до высшихъ правительственныхъ лицъ и подчиненныхъ учрежденій, то ихъ распоряженія (мѣропріятія) ограничены предѣлами законодательныхъ нормъ и не должны выступать за эти предѣлы. На этомъ основаніи министерскія распоряженія могутъ касаться толь-

ко приведенія въ исполненіе закона и не должны измѣнять ни въ чемъ его смысла и цѣли; отдѣльнымъ учрежденіямъ въ государствѣ хотя и предоставляется автономія, однако она ограничена не только общими законами, но и основнымъ закономъ этихъ учрежденій (статутомъ или уставомъ). Всякое распоряженіе, противурѣчащее этимъ законамъ, не имѣетъ никакой силы и подвергаетъ виновныхъ суду и наказанію. Сверхъ того право распоряженій подчиненныхъ мѣстъ и лицъ ограничено не только въ своемъ объемѣ, но и въ содержаніи: оно касается только тѣхъ вопросовъ, которые прямо не опредѣлены закономъ и, по своей измѣнчивости и разнообразію, не могутъ подчиниться твердымъ, непреложнымъ и одинаковымъ правиламъ. Поэтому сюда относятся преимущественно: наставленія для дѣятельности подчиненныхъ властей и указаніе на средства къ исполненію законовъ (полицейскія распоряженія).

Корпораціи и юридическія лица, имѣя указанную имъ государствомъ опредѣленную цѣль, уполномочены принимать всѣ мѣры для достиженія этой цѣли; но ихъ распоряженія имѣютъ характеръ не установленія юридическихъ нормъ, а исполненія возложенной обязанности. Автономія превращается въ самоуправленіе, размѣръ котораго зависитъ отъ самостоятельности средствъ для достиженія предпринимаемыхъ мѣръ: чѣмъ независимѣе корпорація въ матеріяльныхъ средствахъ, тѣмъ свободнѣе она можетъ распоряжаться ими.

Напр. земство и города, не получающіе пособій отъ государства, необходимо пользуются бо́льшимъ самоуправленіемъ, чѣмъ учрежденія, члены которыхъ состоятъ на казенномъ жалованьи и на коронной службѣ. Статутъ не есть договоръ между членами корпораціи, а указаніе ея цѣли и дѣятельности.

У насъ высшимъ учрежденіемъ, пользующимся правомъ общихъ распоряженій, служитъ Правит Сенатъ; онъ дѣлаетъ общія пред-

писанія въ поясненіе законовъ и эти предписанія имѣютъ силу закона (Учр. Сен. 224). Министры также разрѣшаютъ всѣ затрудненія, встрѣчающіяся при исполненіи законовъ. «Но если бы въ предписаніи, исходящемъ непосредственно отъ власти министра, начальство ему подчиненное усмотрѣло отмѣну закона, учрежденія или объявленнаго прежде Высочайшаго повелѣнія, тогда оно обязано представить о томъ министру; если же и за симъ предписаніе будетъ подтверждено отъ лица министра въ той же силѣ, тогда начальство обязано случай сей представить на окончательное разрѣшеніе Сената (Осн. Зак. 78).» Наконецъ губернаторы имѣютъ также право предписаній и распоряженій, хотя и въ меньшемъ размѣрѣ.

XXII. Изъ сказаннаго видно, что распоряженія имѣютъ предметомъ своимъ развитіе и приложеніе того, что создано закономъ, и что слѣд. творчество юридическое совершается только въ формѣ закона, который исключительно имѣетъ содержаніемъ своимъ опредѣленіе нормъ, охраняющихъ жизненныя отношенія.

Въ этомъ характерѣ закона лежитъ необходимость особыхъ или спеціальныхъ законовъ. Юридическія нормы должны примѣняться къ разнообразію жизни: чѣмъ совершеннѣе право, тѣмъ вѣрнѣе оно соотвѣтствуетъ фактическому неравенству; законъ установляетъ не отвлеченныя нормы дѣятельности, онъ не становится summum jus, а соединяетъ въ себѣ требованія нравственности и пользы. Въ своемъ развѣтвленіи законъ не теряетъ значенія направляющей силы, онъ не идетъ безусловно за фактомъ (ex post facto lex), но даетъ возможность выраженія творческимъ силамъ жизни.

Видоизмѣненія общаго закона вызываются двумя началами: справедливости и пользы, то-есть нравственнымъ и фактическимъ элементами права. Такъ, при личномъ неравенствѣ было бы несправедливою подчинить всѣ лица одинаковымъ требованіямъ и возложить на нихъ

одинаковую отвѣтственность; точно также особенность интересовъ и вызываемыхъ ими отношеній требуетъ особыхъ охраняющихъ нормъ.

XXIII. Особенные законы, вызываемые началомъ справедливости, носятъ названіе исключеній или привилегій, jus singulare, lois exceptionelles, anomales Recht (Савиньи), inconsequentes Recht (Варнкёнигъ).

Привилегіи (priva lex) основаны на томъ, что многія лица находятся въ особомъ положеніи, требующемъ стѣсненія или расширенія ихъ правъ. Таково напр. положеніе малолѣтнихъ, женщинъ, военныхъ, опекуновъ, извѣстныхъ кредиторовъ при конкурсѣ и проч. Особенные законы установляютъ исключенія не для опредѣленныхъ лицъ, а для всѣхъ, кто находится въ данномъ положеніи и притомъ не только въ пользу, но и противъ нихъ: privilegia *juris* favorabilia et odiosa. Такъ напр. опекуны подлежатъ большей отвѣтственности за вовлеченіе малолѣтнихъ въ преступленія или за растрату ихъ имущества, оскорбленіе женщинъ наказывается болѣе строго и проч. Сюда же относятся привилегіи, соединенныя съ владѣніемъ извѣстнаго рода имуществомъ; напр. права землевладѣльцевъ, свобода отъ пошлинъ владѣльца вновь выстроеннаго дома и т. п.

Привилегіи раздѣляютъ на realia vel praedii, causae et personae. Отъ нихъ должно отличать собственно beneficia, ewige Gnaden, напр. у насъ привилегіи потомковъ Ивана Сусанина и другія личныя изъятія: здѣсь общій законъ не измѣняется, но онъ не прилагается къ извѣстнымъ лицамъ. Въ нашихъ законахъ объ этомъ постановлено: новый общій законъ не отмѣняетъ личной привилегіи, если въ самомъ законѣ не будетъ постановлено о такой отмѣнѣ (Осн. Зак. 79). Это суть personales constitutiones. Пріостановленіе закона на извѣстные случаи называютъ *диспенсаціею*.

Исключенія или привилегіи вполнѣ соотвѣтствуютъ началу справедливости лишь въ томъ случаѣ, когда каж

дый можетъ пользоваться ими: особое, болѣе льготное общественное положеніе лица должно быть доступно каждому члену общества, выполняющему извѣстныя условія, какъ напр. образованія, владѣнія имуществомъ и пр. Но когда привилегіи основаны на неизмѣнномъ положеніи, нетеряемомъ и непріобрѣтаемомъ, какъ напр. рожденіе, то онѣ нарушаютъ начало равенства; такой характеръ имѣетъ напр. изъятіе дворянства отъ рекрутства, отъ личныхъ податей и пр., если это особенное льготное положеніе не имѣетъ соотвѣтствующей тягости.

XXIV. Другимъ основаніемъ особенныхъ законовъ служитъ фактическое начало пользы: jus singulare est, quod contra rationem juris constitutum est propter aliquam *utilitatem* auctoritate constituentium (Paulus).

Сюда относятся чрезвычайные законы (Ausnahmgesetze), которые устанавляются вопреки общимъ законамъ въ виду сохраненія существенныхъ интересовъ общества. Такъ, для сохраненія спокойствія въ странѣ и цѣлости государства иногда необходимо пріостановить приложеніе общихъ законовъ и стѣснить отдѣльность личную во имя общаго блага — ne quid respublica detrimenti capiat. Сюда относятся законы объ осадномъ положеніи, lois martiales, пріостановленіе habeas corpus и пр. Чрезвычайныя мѣры, предписываемыя закономъ, распространяются на всѣ лица, такъ какъ всѣ они становятся въ исключительное положеніе вмѣстѣ съ цѣлымъ обществомъ; напр. когда начинается война, всѣ нейтральныя государства подвергаются ограниченіямъ, при осадномъ положеніи или во время междуусобія всѣ несутъ на себѣ послѣдствія ненормальнаго положенія. Уже самое понятіе о чрезвычайныхъ законахъ показываетъ, что они имѣютъ характеръ временный и отмѣняются сами собою съ прекращеніемъ utilitatis causae; тѣмъ не

менѣе они отличаются отъ простыхъ мѣропріятій, такъ какъ ими опредѣляются общія нормы отношеній, которыя возникаютъ и повторяются въ извѣстной формѣ и слѣд. могутъ быть предусмотрѣны. Поэтому рѣшеніе вопроса о томъ, когда именно наступаетъ моментъ приложенія чрезвычайныхъ законовъ можетъ быть предоставлено только законодательной власти.

Осадное положеніе (martial law) не представляетъ собою безусловнаго произвола военноначальника. Оно установляется законодательною властью. Во Франціи, по конституціи 1852 осадное положеніе объявляетъ императоръ, сообщая о томъ сенату; по бельгійской конституціи (§ 7—10) и по италіянской (§ 26—28) король безъ согласія палатъ не можетъ установить осаднаго положенія. Тоже въ Англіи: въ 1867 году главный судья обвинилъ въ смертоубійствѣ членовъ ямайскаго суда за разстрѣляніе Гордона, такъ какъ судъ былъ незаконный и установленъ самовольно губернаторомъ.

XXV. Фактическое неравенство проявляется далѣе въ тѣхъ особыхъ интересахъ, которые создаютъ спеціяльныя юридическія отношенія и требуютъ спеціяльныхъ способовъ охраненія (jus speciale). Таковы напр. законы военные, торговые, церковные и проч. Общія нормы дѣятельности не удовлетворяютъ особеннымъ цѣлямъ и характеру того общества, которое образуется силою извѣстныхъ интересовъ и требуетъ охраненія въ формѣ законовъ. Военная дисциплина, интересы торговли, науки, религіи нуждаются въ особыхъ предписаніяхъ и запрещеніяхъ. Отчасти обычай, отчасти сущность и природа возникающихъ отношеній установляютъ то, что необходимо для каждаго рода дѣятельности, напр. строгость военной власти, относительная безформенность торговыхъ сдѣлокъ и т. п. Спеціяльные законы не только не противурѣчатъ началу справедливости, но напротивъ выражаютъ собою ея жизненное приложеніе: они

установляютъ не личную привилегію, а вызываются существомъ отношеній и охраняютъ дѣйствительную живую силу въ обществѣ. Спеціяльные законы установляются не ради извѣстнаго лица, а во имя необходимаго проявленія жизни.

Аренсъ представилъ обширную и дробную систему такихъ спеціяльныхъ правъ. Нашъ военно-судебный уставъ 1867 года во многомъ отличается отъ общаго; торговые законы всѣхъ странъ имѣютъ сходство другъ съ другомъ и представляютъ свои особенности сравнительно съ общими нормами гражданскихъ отношеній, напр. въ вопросѣ о договорахъ и др.

XXVI. Наконецъ въ виду исторической связи общества съ его законами, сохраняются постоянно или временно мѣстные законы (jus particulare, въ отличіе отъ jus universale). Существованіе ихъ вызывается фактическими условіями мѣстности, обычаями, религіею и пр.; они сливаются съ повсемѣстнымъ правомъ медленно, вслѣдствіе уравненія юридическихъ отношеній. Во всѣхъ государствахъ признаются такіе мѣстные законы, на которыхъ отпечатлѣвается вся исторія края. Такъ у насъ въ Финляндіи сохранились шведскіе законы, въ царствѣ Польскомъ старинные польскіе и Наполеоновъ кодексъ, въ Грузіи законы царя Вахтанга, въ Малороссіи магдебургское право и литовскій статутъ, въ Остзейскомъ краѣ ленное право; сверхъ того издаются мѣстные законы для Войска Донскаго, для Сибири и проч. Преимущественно такіе законы касаются отношеній между отдѣльными лицами, и политическое единство государства требуетъ уничтоженія мѣстныхъ отличій въ правахъ верховной власти и въ общемъ управленіи. И въ этой формѣ законовъ выражается ихъ тѣсная связь съ жизнью. Законъ входитъ въ нравы общества, становится совершимся фактомъ, пріобрѣтеннымъ правомъ, неизмѣнность

котораго обезпечивается по возможности. Разнообразіе мѣстныхъ правъ служитъ часто источникомъ движенія законодательства и даетъ ему внутреннюю силу не только потому, что облегаетъ приложеніе закона, но и потому, что увеличиваетъ богатство его содержанія.

Отношеніе мѣстныхъ законовъ къ повсемѣстнымъ выражено у насъ такъ: новый общій законъ не отмѣняетъ законовъ изданныхъ особенно для какой-либо губерніи, если въ самомъ законѣ не будетъ постановлено такой отмѣны (Осн. Зак. 79). — Въ нѣмецкомъ правѣ отношеніе опредѣлялось такъ: Stadtrecht bricht Landrecht, Landrecht bricht gemeines Recht.

XXVII. Понятіе о мѣстномъ правѣ есть относительное. Законы цѣлаго государства суть мѣстные по отношенію ко всему международному союзу; онѣ образуютъ особые статуты. Иногда происходитъ прямое и непосредственное заимствованіе однимъ государствомъ законовъ другаго, такъ что происходитъ въ области права сліяніе двухъ отдѣльныхъ государствъ; напр. европейское право дѣйствуетъ въ разныхъ частяхъ свѣта: голландское на мысѣ Доброй Надежды, англійское въ Сѣверной Америкѣ, парижское обычное въ Канадѣ и пр. Но въ большей части случаевъ каждое государство отстаиваетъ на своей территоріи исключительно свое право и область закона совпадаетъ съ географическою областью, на которой признается верховная власть, издающая законъ: lex non valet extra territorium. Это правило однако не можетъ быть приложено вполнѣ: государства признаютъ взаимное равенство своихъ законовъ, а потому въ формѣ трактатовъ опредѣляютъ отношеніе между ними. Такое отношеніе можетъ быть двоякое: или при самомъ возникновеніи правъ, ихъ субъектъ и предметъ подчиняются разнымъ областямъ закона, или же пріобрѣтенныя права измѣняются отъ перемѣны пребыванія

лица. Въ послѣднемъ случаѣ вопросъ разрѣшается по осному началу: lex ad praeterita non est trahenda; возникновеніе же и приложеніе правъ зависитъ отъ ихъ сущности. Такъ, имущественныя отношенія опредѣляются главнымъ образомъ по lex rei sitae, личныя (правоспособность, представительство и пр.) по законамъ отечества (lex domicilii), дѣйствительность договоровъ по мѣсту ихъ совершенія: locus regit actum; вообще связь лица съ предметомъ права опредѣляется закономъ того мѣста, гдѣ эта связь возникла.

Эти общія начала видоизмѣняются, смотря по взгляду законодательствъ на то или другое право; напр. наслѣдство иногда считается личнымъ правомъ, иногда имущественнымъ. Ученіе о коллизіи законовъ разныхъ государствъ относится къ международному праву; оно возникло первоначально изъ стремленія сосѣднихъ городовъ примирить свои статуты и получило названіе ученія о коллизіи статутовъ. Пухта (Pand. 173) даетъ преимущество закону родины; Пфейферъ признаетъ исключительно территоріяльное начало; Савиньи (Syst. VIII. 108) и Блуме (Enc. I. 55) полагаютъ, что въ каждомъ юридическомъ отношеніи то право должно имѣть преимущество, въ области котораго оно возникаетъ (имѣетъ свою родину). Этотъ вопросъ будетъ разсмотрѣнъ въ отдѣлѣ правъ и обязанностей.

XXVIII. Законодательство каждаго народа представляетъ собою всѣ его жизненныя отношенія въ той формѣ, въ какой они охраняются юридически. Такое охраненіе можетъ совершаться или по частямъ, или въ цѣломъ. Отсюда законы представляются или въ видѣ отдѣльныхъ положеній, или въ ихъ совокупности.

Отдѣльные законы (novellae), у насъ указы, манифесты и рескрипты суть постановленія закона, относящіяся къ извѣстному вопросу. Совокупность законовъ опредѣляетъ цѣлый родъ отношеній юридическихъ.

Въ западной Европѣ законъ имѣетъ только одно названіе; но распоряженія издаются подъ разными именами: рескриптовъ (вслѣдствіе вопросовъ о законахъ, возбуждающихъ сомнѣніе), циркуляровъ (общихъ наставленій правительственнымъ органамъ), отдѣльныхъ предписаній (Erlasse), инструкцій и проч. У насъ законы издаются въ формѣ уложеній, уставовъ, учрежденій, грамотъ, положеній, наказовъ, манифестовъ и указовъ. *Уложеніе* есть вновь составленное законодательство, касающееся цѣлой области права: Уложеніе о наказаніяхъ. *Уставомъ* называется собраніе законовъ о дѣятельности извѣстнаго государственнаго учрежденія: судебные уставы 1864 и 1867 г. По отношенію къ отдѣльнымъ лицамъ уставъ получаетъ названіе *Наказа*: наказъ министрамъ, судебнымъ слѣдователямъ. *Учрежденіе* есть часть устава, опредѣляющая личный составъ и внѣшнее устройство правительственныхъ мѣстъ: учрежденія судебныхъ установленій, учрежденія министерствъ. *Грамота* есть основной законъ сословія, опредѣляющій его права: жалованная грамота дворянству. *Положеніе* есть тоже, что́ Уложеніе, касающееся новаго общественнаго состоянія извѣстнаго класса лицъ: Положеніе 19-го февр. 1861 г. *Манифестъ* есть объявленіе о льготахъ, объ общихъ мѣрахъ, ихъ основаніяхъ и цѣляхъ. Ср. *Сперанскій*, 87. *Андреевскій*, 182. *Рейненкампфъ*, 95.

При постоянномъ движеніи законодательства, число отдѣльныхъ законовъ возрастаетъ значительно, а потому является необходимость составлять сборники ихъ. Эти сборники могутъ быть или хронологическіе, или систематическіе: законы, собранные въ томъ порядкѣ времени, въ какомъ были изданы, указываютъ на исторію каждаго юридическаго института, на тѣ перемѣны, которыя происходили въ общественныхъ отношеніяхъ. Таково у насъ Полное Собраніе Законовъ Россійской Имперіи: первое, содержащее въ 43-хъ томахъ всѣ законы, начиная съ 1649 года, и второе, въ 40 томахъ заключающее законы съ конца 1825 года. Систематическое собраніе отдѣльныхъ законовъ называется Сводомъ: въ немъ излагаются, въ извѣстной системѣ, за-

коны дѣйствующіе, т. е. послѣднеизданные по каждому вопросу.

Совокупность законовъ недопускаетъ частаго измѣненія. Опредѣляя цѣлую область юридическихъ отношеній, эта совокупность есть результатъ твердо-установившихся началъ и сложившейся жизни. Оно возможно поэтому тамъ, гдѣ образовался классъ юристовъ, которые способны примѣнять неизмѣнныя начала уложенія къ новымъ требованіямъ жизни.

Англичане разумѣютъ подъ именемъ codification собственно составленіе сводовъ, а уложеніе называютъ они legislation. Обыкновенно возражаютъ противъ кодификаціи на слѣдующихъ основаніяхъ: право выражается не въ одномъ поколѣніи народа, а въ цѣлой исторіи его; невозможно искоренить всѣ обычаи и передать творчество права только государству; наконецъ никакой кодексъ не можетъ обнять все право. Ср. *Savigny*, Beruf, 24. Но всѣ эти неудобства устраняются юридическою практикою.

ГЛАВА IX.

Право Юристовъ.

Burckhardt, Die civilistische Präsumtionen. Weim. 1866. — *Warren*, Introduction to law studies. 2 vols. Lond. 1863. — *J. G. Phillimore*, Principles and maxims of Jurisprudence. Lond. 1856.— *Krug*, Die Grundsätze der Gesetzauslegung. Leipz. 1848. — *Lang*, Beiträge zur Hermeneutik des römischen Rechts. Stuttg. 1857. — *Heumann*, Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts. 3-te Aufl. Jena, 1857. — *Demelius*, Die Rechtsfiction in ihrer geschichtlichen und dogmatischen Bedeutung. Weim. 1858. — *v. Kirchstetter*, Commentar zum oesterreichischen bürgerlichen Gesetzbuche. Leipz. 1868. — *Буцковскій*, Очеркъ кассаціоннаго порядка отмѣны рѣшеній. Спб. 1866.

§ I. Съ какою бы точностью законъ ни обобщалъ юридическія отношенія, онъ не можетъ обнять всего разнообразія жизни, а потому въ своемъ приложеніи нуждается въ лицахъ, объясняющихъ смыслъ общаго правила; съ другой стороны авторитетъ знанія, науки есть сила, которая, не имѣя характера юридической принудительности, признается обществомъ и дѣйствуетъ на убѣжденія всѣхъ его членовъ, въ особенности тѣхъ, кому ввѣрено приложеніе закона. Этимъ объясняется необходимость особеннаго вида положительнаго права — права юристовъ, jus a prudentibus compositum, communis doctorum opinio, Juristenrecht, Judge-made law.

Подъ общимъ именемъ юристовъ разумѣются здѣсь всѣ дѣятели въ области права, т. е. судьи, администраторы, дипломаты, нотаріусы, ученые.

II. Это право не установляется закономъ; оно возникаетъ само собою, и законодательная власть опредѣляетъ его только отрицательно, указывая предѣлы его приложенія и охраняя въ немъ юридическое творчество. Поэтому характеръ и значеніе права юристовъ въ каждомъ обществѣ зависитъ отъ дѣйствительнаго существованія такихъ лицъ, которыя служатъ представителями сознанія о правѣ. Прилагая законъ и находясь въ непосредственныхъ сношеніяхъ съ тѣми, чьи интересы охраняются, юристы даютъ содержаніе и смыслъ закону; они принаравливаютъ къ существующимъ предписаніямъ жизненныя отношенія и самый законъ подводятъ подъ общія начала права. Поэтому юристы суть органы приложенія и движенія закона; въ этомъ смыслѣ они суть conditores juris, создаютъ новое право и даютъ существующему значеніе жизненной силы. Безъ нихъ законъ остался бы отвлеченнымъ понятіемъ, неподвижнымъ и отрѣшеннымъ отъ дѣйствительности. Constare non potest jus, nisi sit aliquis jurisperitus, per quem possit quotidie in melius produci (Pomponius).

Творчество права юристовъ выразилось въ созданіи многихъ юридическихъ положеній, получившихъ только чрезъ него свое бытіе. Таковы напр. положеніе о недѣйствительности сдѣлокъ contra bonos mores (*Walter*, Enc. 25); обязательность безформенныхъ договоровъ; право наслѣдства дѣтей, рожденныхъ внѣ брака; ученіе о регаліяхъ и престолонаслѣдіи; въ Англіи всѣ законы о недвижимыхъ имуществахъ извлечены изъ практики и мнѣній conveyancers (нотаріусовъ, *Austin*, II. 236); въ Германіи процессъ былъ установленъ юристами (*Beseler*, V. R., 333). Прилагая законъ, юристы неограничиваются его буквою, но вносятъ въ него начала нрав-

ственности, положенія общаго права и разумъ фактическихъ отношеній.

III. По двумъ источникамъ, изъ которыхъ юристы почерпаютъ матеріялъ для созданія и объясненія права, ихъ дѣятельность представляется въ двухъ формахъ: практической и теоретической. Первая исходитъ отъ существующаго права и касается приложенія его къ фактамъ, вторая же подводитъ существующее право подъ общія начала справедливости.

Въ этомъ двоякомъ направленіи юристы создаютъ право или содѣйствуютъ сознанію о немъ посредствомъ юридическихъ фикцій, презумцій, положеній, судебныхъ и административныхъ рѣшеній, истолкованія законовъ, аналогіи, ученаго обработыванія права и критики существующихъ юридическихъ нормъ. Практика и теорія идутъ рука объ руку, помогаютъ другъ другу и имѣютъ одну цѣль: отъискивать, хранить и обновлять право, какъ непреложную направляющую силу жизни.

IV. Юридическій вымыселъ (fictio) есть предположеніе факта въ такомъ видѣ, въ какомъ онъ не существуетъ въ дѣйствительности и противурѣчитъ ей. Такой вымыселъ имѣетъ цѣлью распространить общее юридическое правило на такія явленія, которыя въ своемъ естественномъ видѣ не подходятъ подъ него. Такъ напр. государь и посланники предполагаются никогда не покидающими своего отечества, дочь считается сыномъ, дѣвица имѣющею дѣтей, замужняя женщина дѣвицею (feme sole въ англійскомъ правѣ), мужъ и жена признаются за одно лицо, жена за дочь своего мужа (въ римскомъ правѣ) и пр. Подобныя фикціи даютъ возможность обойтись безъ введенія новыхъ юридическихъ нормъ, довольствоваться уже существующими и между тѣмъ охранить извѣстное благо; по выраженію Іеринга, (III. 288) онѣ

представляютъ собою theoretischer Nothstand. Поэтому юридическій вымыселъ не можетъ нарушать чьихъ-либо правъ, уже пріобрѣтенныхъ: fictio legis inique operatur alicui damnum vel injuriam.

Въ понятіи о фикціи не всѣ писатели согласны между собою. Такъ напр. считать ли фикціею предоставленіе правъ естественныхъ дѣтей усыновленнымъ, или правъ христіанъ Евреямъ? Демеліусъ отвѣчаетъ на этотъ вопросъ утвердительно, Іерингъ отрицательно. — У Римлянъ завѣщаніе было послѣднею волею римскаго гражданина; поэтому если завѣщатель попадался въ плѣнъ, то онъ предполагался умершимъ въ моментъ плѣна. — Уарренъ высказывается противъ чрезмѣрнаго распространенія фикцій въ Англіи. Такъ напр. судъ казначейства можетъ разсматривать всякое дѣло, считая тяжущихся должниками короны. Судъ королевской скамьи также рѣшаетъ дѣла, подвѣдомственныя суду общихъ тяжбъ, посредствомъ такого вымысла: отвѣтчикъ по гражданскому дѣлу считается нарушающимъ общественный миръ и судится какъ преступникъ. *Warren*, I. 15.

Отъ догматическихъ фикцій должно отличать фиктивныя дѣйствія, которыя состоятъ въ подражаніи юридическимъ актамъ; напр. обрядъ смертной казни надъ портретомъ (par effigie). Если такія дѣйствія нарушаютъ чье-либо право, то они могутъ быть отвергнуты доказательствомъ дѣйствительнаго факта: fictio cedit veritati; такъ напр. можно доказать фиктивную уплату долга, безденежность заемнаго письма и проч. Эти послѣднія дѣйствія собственно не подходятъ подъ понятіе юридическаго вымысла: въ нихъ извращается самый фактъ, тогда какъ фикція не допускаетъ такого извращенія, а только придаетъ одному факту юридическое значеніе другаго, противуположнаго.

V. Юридическая вѣроятность или презумпція есть предположеніе извѣстнаго факта существующимъ безспорно, не требующимъ доказательствъ. Отъ большей

или меньшей степени вѣроятности зависятъ различные виды презумцій.

Самую высшую степень вѣроятности представляетъ собою *praesumtio juris et de jure.* Здѣсь фактъ предполагается на столько безспорнымъ, что никакое возраженіе противъ него невозможно: contra praesumtionem hujusmodi non est probatio admittenda, какъ постановлено въ каноническомъ правѣ (*Burckhardt,* 388). Такъ напр. у насъ нельзя доказывать безденежности крѣпостныхъ заемныхъ писемъ, родоваго характера движимыхъ имуществъ и проч. Весьма многія положенія права основаны на предполагаемой достовѣрности фактовъ и ихъ послѣдствій: несовершеннолѣтній не можетъ распоряжаться своимъ имуществомъ по вѣроятной неопытности своей, хотя въ отношеніи къ извѣстному лицу это и не прилагается. Praesumtio juris et de jure не можетъ быть опровергнута; она переходитъ въ объективное право, которое основано главнымъ образомъ на вѣроятности, и не прилагается лишь въ томъ случаѣ, когда привходитъ фактъ, ее отмѣняющій; напр. у Римлянъ мать считалась опекуншею своихъ дѣтей только до вступленія во второй бракъ, такъ какъ достовѣрно, что maternus affectus non amplius permanet.

Praesumtio juris есть вѣроятіе, признаваемое достовѣрнымъ, подъ условіемъ, что оно не уничтожено доказательствомъ противуположнаго факта; напр. вѣроятно, что дѣти, рожденные въ бракѣ, происходятъ отъ ихъ отца: pater est, quem nuptiae demonstrant; вѣроятно, что имуществомъ владѣетъ его собственникъ: acquisitio juris probanda est, continuatio juris praesumitur; юридически вѣроятно, что заемное письмо выдано вслѣдствіе полученія денегъ, что безвѣстно-отсутствующій не находится въ живыхъ и пр. Но противъ такихъ вѣроятій

можно выставить вполнѣ достовѣрные факты, напр. долговременное отсутствіе (alibi) отца, документы, появленіе лица, считавшагося умершимъ. Нѣкоторыя изъ такихъ вѣроятій не могутъ быть опровергнуты фактически, а потому получаютъ значеніе praesumtio juris et de jure; напр. когда на войнѣ, во время кораблекрушенія, пожара и т. п. погибаетъ нѣсколько лицъ, то вопросъ о томъ, кто изъ нихъ умеръ прежде, рѣшается на основаніи пола, возраста и пр. (въ новыхъ законодательствахъ, напр. въ англійскомъ, смерть предполагается одновременною).

Наконецъ *praesumtio hominis vel judicis* есть вѣроятіе субъективное, зависящее отъ судьи и измѣняющееся въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ; убѣжденіе о фактѣ можетъ быть отвергнуто безъ опредѣленнаго доказательства. Но во имя правды и уваженія къ лицу, отсутствіе прямыхъ доказательствъ объясняется въ пользу лица; таково вѣроятіе невинности, если преступленіе недоказано: nemo praesumitur malus; вѣроятіе отсутствія обязательства, если его существованіе не можетъ быть подтверждено: praesumitur pro negante.

Названіе praesumtio juris et de jure появилось первоначально у глоссаторовъ; синонимомъ его было praesumptio cui omnino statur. Собственно у Римлянъ существовали выраженія: verisimile, intelligitur, credendum est, conjectura. *Burckhard*, 113, 370. Въ praesumtio juris законъ устанавляетъ: sic credo, nisi contrarium appareat; въ praes. juris et de jure: sic volo, sic jubeo. Въ положительныхъ законодательствахъ вѣроятія раздѣляются на юридическія и фактическія; первыя въ англійскомъ правѣ называются intendment of law, во французскомъ (Code Nap. 1350) établies par la loi; неустановленныя закономъ вѣроятія предоставляются «смыслу и благоразумію судьи.»

VI. Юридическія положенія, regulae, dicta, maximes, Règles, суть такія правила, которыя прямо и непосред-

ственно не высказаны въ законѣ, но заключаются въ его смыслѣ и въ отдѣльныхъ постановленіяхъ. Юристы обобщаютъ тѣ запрещенія и предписанія, которыя служатъ необходимымъ дополненіемъ къ закону и обычному праву, и чѣмъ болѣе развита юриспруденція, тѣмъ богаче она юридическими положеніями. Такъ, отъ римскихъ юристовъ осталось много такихъ юридическихъ правилъ, которыя переходятъ отъ одного поколѣнія къ другому и выражаютъ разумъ права, raison écrite du droit, выводъ изъ всѣхъ законодательствъ. Въ краткихъ выраженіяхъ установляется руководство, взятое не изъ отвлеченныхъ положеній, а изъ дѣйствительной жизни: regula est, quae rem, quae est, breviter enarrat. Эти правила не служатъ источникомъ права, а отражаютъ его въ себѣ, а потому составленіе ихъ предполагаетъ всестороннее знакомство съ положительнымъ правомъ и съ жизнью: non ex regula jus summatur, sed ex jure, quod est, regula fiat (Paulus). Ихъ авторитетъ основанъ на всеобщемъ признаніи того, что они вѣрно и точно выражаютъ юридическія понятія и совмѣщаютъ въ себѣ смыслъ огромнаго числа законодательныхъ распоряженій. Юристы новаго времени по большей части усвоили себѣ римскія положенія; но нѣкоторые изъ нихъ (напр. Бэконъ) составили новые афоризмы, относящіеся къ ихъ національному праву. По выраженію Іеринга, юристы всѣхъ временъ и на всемъ земномъ шарѣ говорятъ однимъ и тѣмъ же языкомъ (*Ihering*, II. 326), такъ что юридическія положенія получаютъ болѣе или менѣе всемірный характеръ.

Въ средніе вѣка юридическія положенія назывались *брокардами*. Ихъ называютъ leges legum, въ отличіе отъ placita legum, то есть законовъ. Ср. *Oudot*, II. 223. — Филлиморъ составилъ истолкованіе юридическихъ положеній римскихъ, указавши на приложеніе ихъ въ новыхъ законодательствахъ. — Въ на-

шемъ правѣ менѣе другихъ выработано юридическихъ положеній, но римскія пользуются и у насъ правомъ гражданства.

VII. Истолкованіе права (interpretatio) есть объясненіе его смысла изъ употребленныхъ законодателемъ выраженій. Слово, какъ бы обдуманно ни было оно сказано, можетъ подать поводъ къ различному пониманію, а потому необходимо, чтобы лица, прилагающія законъ, одинаково понимали его смыслъ.

Истолкованіе можетъ вызвать дѣятельность самаго законодателя, который поясняетъ значеніе выраженнаго имъ предписанія или запрещенія въ формѣ новаго закона, получающаго обратную силу (interpretatio legalis, autentische Auslegung). Этотъ способъ истолкованія указываетъ на отсутствіе права юристовъ и есть въ сущности запрещеніе понимать законъ иначе, какъ въ буквальномъ его смыслѣ; онъ влечетъ за собою безпрерывное изданіе законовъ, имѣющихъ характеръ ex post facto lex. Такъ у насъ дѣйствовало во всей строгости общее правило, что всѣ безъ изъятія мѣста, не исключая и высшихъ правительствъ, во всякомъ случаѣ должны утверждать свои опредѣленія на точныхъ словахъ закона, не перемѣняя въ нихъ, безъ доклада Императорскому Величеству, ни единой буквы и не допуская обманчиваго непостоянства самопроизвольныхъ толкованій (Осн. Зак. 65); съ другой стороны запрещалось просить объ истолкованіи или испрашивать указа на указъ (Св. Зак. II. 749), кромѣ крайнихъ случаевъ, такъ что должностныя лица поставлены были въ необходимость нарушить одно изъ этихъ запрещеній, и законъ подвергался легальному толкованію, становясь ex post facto lex.

Такой же легальный характеръ имѣетъ истолкованіе и въ томъ случаѣ, когда оно предоставляется исключительно особымъ зако-

нодательнымъ комиссіямъ, которыя существовали напр. въ Пруссіи и Австріи.

Истолкованіе закона отдѣляется отъ законодательной власти, когда оно предоставляется юристамъ и возлагается на ихъ отвѣтственность. Такъ у насъ въ Судебныхъ Уставахъ 1864 года постановлено: всѣ судебныя установленія обязаны рѣшать дѣла по точному разуму существующихъ законовъ, а въ случаѣ ихъ неполноты, неясности, недостатка или противурѣчія, основывать рѣшеніе на общемъ смыслѣ законовъ (Уст. Гр. Суд. 9, Уст. Уг. Суд. 12). Съ этимъ правомъ истолкованія соединяется обязанность: воспрещается останавливать рѣшеніе дѣла подъ предлогомъ неполноты, неясности, недостатка или противурѣчія законовъ. За нарушеніе сего правила виновные подвергаются отвѣтственности, какъ за отказъ въ правосудіи (тамъ же).

Ст. 4 Code Napol.: le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.

VIII. Истолкованіе закона юристами имѣетъ цѣлью отысканіе смысла закона, безъ котораго невозможно знаніе и приложеніе его: scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem. Этотъ смыслъ объясняется сначала по буквальному значенію слова (грамматическое истолкованіе), затѣмъ изъ воли законодателя (interpretatio doctrinalis).

Грамматическое истолкованіе касается объясненія юридическихъ терминовъ, относящихся къ извѣстнаго рода юридическимъ отношеніямъ или не употребляемыхъ въ общемъ языкѣ. Съ теченіемъ времени слова измѣняютъ свое значеніе и должны быть принимаемы въ томъ смыслѣ, какой они имѣютъ въ связи со всѣмъ юридическимъ институтомъ; напр. вотчина, помѣстье, въ германскомъ правѣ Besitz.

Для объясненія старинныхъ терминовъ права издаются обыкновенно особые лексиконы, а наука, имѣющая предметомъ своимъ такое объясненіе, называется дипломатикою, Urkundenlehre. Особенно многочисленны такіе термины въ англійскомъ правѣ, гдѣ безъ историческихъ объясненій многія юридическія выраженія непонятны. У насъ принято правиломъ объяснять слова въ томъ смыслѣ, какой они имѣли во время изданія указовъ, приведенныхъ подъ статьями свода. *Буцковскій*, 66.

Ученое или юридическое истолкованіе становится необходимымъ лишь тогда, когда выраженіе закона оказывается явно неточнымъ: cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio. Объясняя законъ грамматически, юристъ дѣлаетъ заключеніе на основаніи словъ; при ученомъ же истолкованіи слово объясняется другими обстоятельствами (*Burckhardt*, 250); слѣд цѣль обоихъ толкованій одна и таже, и они различаются только средствами.

Эта цѣль состоитъ въ отысканіи именно того, чего желалъ законодатель: voluntatem potius quam verba spectari placuit. Средствомъ же юридическаго истолкованія служитъ выраженіе законодательной воли въ разныхъ случаяхъ и общее начало о дозволенности всего, что̀ незапрещено. Такъ, при дозволеніи принимается въ основаніи, что все входящее въ область дозволеннаго незапрещено (argumentum a majori ad minus), и наоборотъ если запрещено меньшее, то запрещается и бо̀льшее (argumentum a minori ad majus); если законодатель исчисляетъ всѣ случаи дозволеннаго или запрещеннаго, то этимъ самымъ всѣ непоименованные случаи считаются неподлежащими дѣйствію закона (argumentum a contrario), если же такого исчисленія нѣтъ, то правило принимается въ своемъ общемъ значеніи; въ сомнительныхъ случаяхъ истолкованіе, льготное для лица, имѣетъ преимущество передъ строгимъ; кому дозволяется цѣль,

тому должны считаться дозволенными и средства; наконецъ всякій законъ предполагаетъ извѣстное положеніе дѣлъ (rebus sic stantibus) и не можетъ прилагаться при коренномъ измѣненіи условій жизни. (*Kirchstetter*, 18).

Таковы общія начала истолкованія, выведенныя изъ практики. Они прилагаются ко всѣмъ случаямъ, если только не противурѣчатъ основной цѣли закона. Напр. у насъ сдѣлки, заключенныя несовершеннолѣтними безъ согласія попечителей, не имѣютъ юридической силы (Св. Зак. X. 220); но если подобная сдѣлка выгодна для несовершеннолѣтняго, то она не должна уничтожаться, потому что постановленіе закона представляетъ собою privilegium favorabile только для одной стороны. На основаніи толкованія a minori ad majus если лицо, строющее домъ на межѣ не имѣетъ права дѣлать окна на сосѣдній дворъ (Св. Зак. X. 446), то ему тѣмъ менѣе можетъ быть дозволено дѣлать двери, хотя о нихъ въ законѣ неговорится. Толкованіе a majore ad minus относится къ опредѣленію юридическаго объема, а не фактическаго: такъ напр. законъ постановляетъ, что наслѣдники властны принять наслѣдство или отречься отъ онаго; или: родственники пользуются правомъ выкупа роднаго имущества (Св. Зак. X. 1255, 1363); но это не значитъ, чтобы дозволялось принять часть наслѣдства, или выкупить часть имущества (*Буцковскій*, 75).

Такимъ образомъ ученое истолкованіе можетъ быть extensiva, когда понятіе принимается шире, чѣмъ слово, и restrictiva, когда понятіе ýже слова. Г. Буцковскій представляетъ примѣры истолкованія договоровъ въ томъ и другомъ смыслѣ. *Буцковскій*, 81—100.

Истолкованіе законовъ составляетъ предметъ особой науки — Герменевтики. Іерингъ называетъ ее die niedere Jurisprudenz: истолкованіе состоитъ въ устраненіи кажущихся противурѣчій, въ выводѣ принциповъ изъ отдѣльныхъ положеній и въ выводѣ слѣд-

ствій изъ принципа. *Jhering*, II. 386. Вальтеръ напротивъ считаетъ истолкованіе самою трудною частью науки о правѣ. Дѣйствительно, здѣсь законъ соприкасается съ индивидуальнымъ случаемъ, и нужно большое искусство и много знанія, чтобы выяснить общую норму. Напр. кто-либо выходитъ замужъ за каторжника, не зная, что онъ находится въ этомъ положеніи; примѣняется ли къ такому случаю законъ, по которому бракъ расторгается, если была ошибка въ лицѣ?

Истолкованіе, отыскивая правду въ огромномъ множествѣ законовъ, одухотворяетъ ихъ и имѣетъ безспорно творческое значеніе (*Puchta*, Inst. 37); юристы дополняютъ и даютъ смыслъ буквѣ закона, вступаютъ въ борьбу съ нею, возвышаютъ законодательство, дѣлаютъ его viva vox juris civilis.

IX. Высшую степень истолкованія представляетъ собою аналогія. Она состоитъ въ отысканіи и приложеніи общихъ нормъ всего законодательства или духа законовъ. Истолкованіе вызывается неточностью закона, аналогія же есть необходимое слѣдствіе отсутствія закона; она пополняетъ недостатокъ или пробѣлы въ законодательствѣ и прилагается къ тѣмъ случаямъ, которыхъ законодатель не зналъ и не предвидѣлъ. Юридическая аналогія исходитъ изъ того начала, что всякое право установляетъ формы, охраняющія жизненныя отношенія согласно съ ихъ природою или сущностью; поэтому, при одинаковой сущности должны быть и одинаковыя формы: quod in re pari valet, valeat in hac, quae par est; valeat aequitas, quae paribus in causis paria jura desiderat (Cic). Данное отношеніе, не опредѣленное закономъ, сравнивается съ опредѣленными ближайшими къ нему случаями (casus similis), и норма, установленная для послѣднихъ, ob par rationem распространяется на первыя: ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio.

Такимъ образомъ аналогія предполагаетъ не только зна-

ніе права, но также вѣрный анализъ каждаго фактическаго явленія, его существа и характера. Она весьма близко подходитъ къ изданію новаго закона, а потому имѣетъ силу только въ тѣхъ предѣлахъ, которые ей указаны. Такъ, никакія привилегіи не могутъ распространяться на аналогическіе случаи, потому что онѣ составляютъ исключеніе изъ закона; аналогія отмѣняетъ законы лишь тогда, когда изъ сопоставленія и сличенія ихъ оказывается, что слова закона не соотвѣтствуютъ общественному строю и духу его юридическихъ основаній. У насъ аналогія не только допускается, но и предписывается закономъ; если судъ откажется отъ рѣшенія дѣла, ссылаясь на неполноту законовъ, то виновные наказываются какъ за отказъ въ правосудіи или за противузаконное бездѣйствіе власти (Уст. Уг. Суд. 13). Аналогія распространяется и на фактическую, и на юридическую сторону каждаго дѣла: если въ законѣ за подлежащее разсмотрѣнію суда преступное дѣяніе нѣтъ опредѣленнаго наказанія, то судъ приговариваетъ виновнаго къ одному изъ наказаній, предназначенныхъ за преступленія, по важности и роду своему наиболѣе съ онымъ сходныя (Улож. о Нак. 151). Если за подлежащее наказанію преступленіе въ военно-уголовномъ уставѣ нѣтъ положительнаго закона, то судъ *примѣняется* къ общему уложенію о наказаніяхъ (Высоч. утв. правила 15 мая 1867, ст. 91).

Аналогія основывается на мотивахъ и цѣляхъ закона, опредѣляющаго существо отношенія. Такъ напр. засвидѣтельствованіе духовнаго завѣщанія удостовѣряетъ только его подлинность, а не правильность содержащихся въ немъ распоряженій; если это начало высказано въ законѣ относительно крѣпостныхъ завѣщаній (Св. Зак. X. 1042), то оно прилагается и къ домашнимъ; если за-

конъ прямо запрещаетъ совершать крѣпостные акты отъ имени безумныхъ (Св. Зак. X. 770), то это запрещеніе относится и ко всѣмъ другимъ актамъ.

Въ примѣчаніи къ ст. 151 Улож. о Нак. сказано, что, при рѣшеніи дѣлъ въ прежнихъ судебныхъ мѣстахъ, приговоръ ихъ, основанный на фактической аналогіи, до приведенія въ исполненіе, представляется Прав. Сенату. Въ ст. 93 Высоч. утв. правилъ 15 мая предписано въ подобныхъ случаяхъ представлять приговоры военныхъ судовъ генералъ-аудиторіату. Аналогія дозволена также въ коммерческихъ судахъ (уст. торг. 1714)—Въ ст. 7 австр. гражд. кодекса допускается аналогія сходныхъ случаевъ и имѣющихъ одинаковое основаніе (Grund) законовъ; при недостаточности и этихъ пріемовъ, дозволяется рѣшать дѣло nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen. — Аналогія есть veritas et ratio quae a similitudine oritur (Varro). По выраженію Іеринга, аналогія совершается цѣлымъ народомъ въ теченіи вѣковъ и не можетъ быть предоставлена отдѣльнымъ лицамъ. Кирхштеттеръ (стр. 18) раздѣляетъ аналогію на Rechtsanalogie, которая состоитъ въ образованіи нормъ изъ принциповъ всего положительнаго права, и Gesetzanalogie, обнимающую смыслъ одного закона. Послѣдняя есть собственно истолкованіе закона.

X. Наконецъ юристы становятся въ совершенно свободное отношеніе къ закону и не ограничиваются извѣстнымъ опредѣленнымъ фактомъ, а собираютъ нѣсколько фактовъ дѣйствительныхъ или только возможныхъ, чтобы найдти то право, которое должно быть къ нимъ приложено. Почерпая свои убѣжденія изъ многосторонняго изученія жизни и законодательствъ, юристы обращаются къ положительному праву всѣхъ временъ и народовъ, къ тому, что̀ добыто юридическимъ мышленіемъ, и ко всѣмъ фактамъ, заявившимъ себя въ своихъ причинахъ и послѣдствіяхъ. Юристы разлагаютъ право на его составные элементы, чтобы потомъ образовать изъ нихъ одно стройное цѣлое на широкихъ основаніяхъ жизни и ея руководящихъ силъ. Они обращаются къ глубочай-

шему сознанію и совѣсти человѣка, вызываютъ и обновляютъ силу справедливости, подводя подъ нее и законы, и жизненныя явленія.

Такимъ характеромъ отличается ученая дѣятельность юристовъ. Они свободно относятся къ матеріалу своего изученія, имѣя въ виду свободную борьбу, которая будетъ вызвана ихъ мнѣніями, не имѣющими юридически-обязательнаго значенія.

XI. Во всѣхъ этихъ разнообразныхъ формахъ дѣятельности юристовъ выражается творческая сила ихъ и создается право въ его высшемъ значеніи правды жизни. Поэтому отъ юристовъ требуется не одно знаніе, но и нравственный характеръ; право, какъ divinarum atque humanarum rerum notitia, justi et injusti scientia можетъ быть доступно только лицамъ, которыя своимъ примѣромъ и жизнью воспитываютъ въ себѣ и въ другихъ уваженіе къ правдѣ. Jurista nequista, Juristen böse Christen, небойся суда, а бойся судьи — вотъ тѣ присловья, которыми народъ клеймилъ людей, приступавшихъ къ служенію правдѣ безъ нравственнаго страха предъ величіемъ и глубокимъ смысломъ своего призванія (*Ihering*, II. 444, *Warren*, 374).

XII. Творчество юристовъ имѣетъ двоякій характеръ, смотря потому, уполномочены ли они общественною властью къ созданію права, или же дѣйствуютъ только по свободному призванію. Къ первой категоріи относятся судьи и правители, ко второй ученые и адвокаты.

Должностныя лица (magistratus) дѣйствуютъ по уполномочію общественной власти: nam eis hoc majestas imperialis permisit. Формою, въ которой они создаютъ право, служатъ ихъ рѣшенія, res perpetuo similiter judicatae, jurisprudence des arrêts, Prejudicien, judiciary law. Судебныя и административныя рѣшенія постановля-

ются по извѣстному частному случаю и служатъ прецедентомъ или образцомъ для аналогическихъ случаевъ. Въ нихъ выражается новое право въ тѣхъ размѣрахъ, въ какихъ это дозволено законодательною властью. Такъ, въ сношеніяхъ международныхъ область прецедентовъ безпредѣльна, въ судѣ и администраціи рѣшенія должностныхъ лицъ имѣютъ характеръ объективнаго права, по скольку не противурѣчатъ прямо закону.

Судебныя и административныя рѣшенія касаются положеній трактатовъ между государствами и законовъ въ тѣсномъ смыслѣ, но не могутъ казаться основныхъ законовъ; они имѣютъ одинаковую силу съ обычнымъ правомъ, и могутъ быть отмѣнены только закономъ. Такъ напр. административныя рѣшенія, основанныя на общей практикѣ, не могутъ быть измѣнены министромъ, а требуютъ вмѣшательства законодательной власти.

Людерсъ (стр. 89) приводитъ въ примѣръ § 54 прусскаго закона о печати, который долгое время толковался судами неправильно; это толкованіе было отмѣнено только закономъ. Но если рѣшеніе основывается на мнѣніи одного лица, то оно можетъ быть отмѣнено министромъ. — Аустинъ (II. 216) различаетъ law established directly, т. е. законодательною властью непосредственно, и law introduced and obtained obliquely, т. е. судебною властью: здѣсь законодательная власть дѣйствуетъ посредственно.

XIII. Условіемъ обязательной силы рѣшеній, основанныхъ на истолкованіи законовъ и на аналогіи, служитъ ихъ постоянство и однообразіе. Это условіе достигается двоякимъ путемъ: или одно и то же правило утверждается нѣсколькими рѣшеніями, которыя сохраняютъ характеръ непрерывности, не возбуждая протеста; или же рѣшеніе высшей власти даетъ «руководство къ единообразному истолкованію и примѣненію законовъ.»

Въ первомъ случаѣ судебныя и административныя рѣшенія удовлетворяютъ требованіямъ жизни и убѣжденіямъ

отдѣльныхъ лицъ, хотя бы они и противурѣчили закону; такъ напр. у насъ признаются судами проценты свыше узаконенныхъ, при помощи фикцій и презумцій платы за сбереженіе, неустойки и проч.; этимъ же путемъ утверждаются многія сдѣлки, выработанныя жизнью, хотя прямо не опредѣленныя въ законѣ.

Ко всѣмъ подобнымъ рѣшеніямъ высшая судебная власть относится отрицательно; она отмѣняетъ ихъ только по просьбѣ тѣхъ лицъ, права которыхъ нарушены судомъ и можетъ прервать постоянство и однообразіе рѣшеній посредствомъ ихъ кассаціи и указанія на точный разумъ закона. Такое указаніе обязательно для всѣхъ судовъ и внѣшнимъ образомъ приводитъ къ единообразію ихъ рѣшеній.

У насъ высшими кассаціонными учрежденіями служитъ Сенатъ и главный военный судъ. Всѣ опредѣленія ихъ по просьбамъ объ отмѣнѣ рѣшеній публикуются во всеобщее свѣдѣніе для руководства къ единообразному исполненію и примѣненію законовъ, и всѣ судебныя установленія обязаны подчиняться разъясненію точнаго разума закона, данному кассаціонными мѣстами (Уст. гражд. суд. 813, угол. 930, Военно-Суд. 963). Такое разъясненіе вызывается какъ нарушеніемъ буквальнаго смысла, такъ и неправильнымъ толкованіемъ закона (тамъ же, 793 и 912). Вторичное разъясненіе недопускается, такъ какъ «примѣрныя рѣшенія» Сената служатъ для него самого руководствомъ (Уст. Угол. Суд. 919).

Кассація установлена съ цѣлью оживотворить законъ неукоснительнымъ и единообразнымъ его исполненіемъ на всемъ пространствѣ единаго государства. Внутренняя цѣль кассаціи есть водвореніе правды и оживотвореніе закона, который даетъ ей внѣшнюю форму (Объясн. Суд. Уст. II. 83). Разнообразное толкованіе закона поставитъ гражданъ въ такое положеніе, что имъ нельзя бу-

детъ разсчитывать на силу гражданскаго закона, на его неприкосновенность и ненарушимость. Отправленіе правосудія въ государствѣ должно быть всюду одинаково. Всѣ органы суда должны дѣйствовать подъ надзоромъ одной нераздѣльной власти верховнаго судилища. Только при такомъ толкованіи закона судебная доктрина можетъ сдѣлаться достояніемъ каждаго, и въ нашей русской жизни установится тотъ духъ законности, при которомъ только и можемъ мы ожидать общественнаго благоустройства (тамъ же, I. 94, 96). — Кассація административныхъ рѣшеній принадлежитъ 1-му департаменту Сената, а кассація судебныхъ рѣшеній двумъ кассаціоннымъ департаментомъ.

Подобныя постановленія существуютъ и въ другихъ странахъ. Въ Пруссіи Plenarbeschlüsse des Obertribunals съ 1856 года исключительно имѣютъ характеръ разъясненія юридическихъ вопросовъ. *Heydemann*, I. 124. — Въ 1850 г. въ Австріи постановлена также обязательность рѣшеній высшаго суда для низшихъ, хотя вообще судебныя рѣшенія не имѣютъ vim legis: sie können auf andere Fälle oder auf andere Personen nicht ausgedehnt werden (Гражд. Код., 12) Въ Англіи судебныя рѣшенія, особенно въ судѣ канцлерскомъ, служатъ единственнымъ основаніемъ права. Во Франціи рѣшенія судовъ также имѣютъ большее значеніе.

XIV. Ученые юристы и адвокаты, (jurisconsulti, jurisperiti) высказываютъ свои мнѣнія, не имѣющія обязательной силы; это собственно право науки, communis doctorum opinio, wissenschaftliches Recht (Савиньи), jurisprudence des auteurs, authoritative writers, practice of conveyancers. Сила этихъ мнѣній зависитъ отъ личнаго авторитета того или другаго адвоката или ученаго; иногда цѣлая корпорація юристовъ высказываетъ свой взглядъ на извѣстный вопросъ права: такой характеръ имѣли въ Германіи мнѣнія юридическихъ факультетовъ, въ Англіи и теперь коронные адвокаты рѣшаютъ, по предложенію правительства, извѣстные вопросы; въ Пруссіи притязанія короля на голштинскій престолъ были разсматриваемы юристами и проч. Наконецъ нѣкоторыя теоріи получали такой всеобщій авторитетъ, что оказывали свое

вліяніе на цѣлыя законодательства, напр. баварскій уголовной кодексъ проводитъ теорію Фейербаха и проч. Особеннымъ уваженіемъ пользуются мнѣнія и рѣчи знаменитыхъ адвокатовъ, которые разсматривали вопросъ всесторонне, опираясь на всѣ источники права.

Въ Италіи впервые образовалось communis doctorum opinio, но оно превратилось скоро въ безусловное поклоненіе авторитетамъ. Съ 17-го вѣка въ Германіи факультеты получили jus respondendi, и юристы призывались къ составленію законовъ. Савиньи называетъ дѣятельность практиковъ-юристовъ матеріяльною, а дѣятельность научную формальною (Syst. I. 46). Пухта признаетъ творческую силу только за наукою; дѣятельность практиковъ онъ относитъ къ обычному праву, такъ какъ въ ней выражается народное сознаніе: безъ юристовъ народъ превратится въ толпу, чернь; поэтому между судебною дѣятельностью и народнымъ сознаніемъ нѣтъ качественнаго различія. *Puchta*, Krit. 13.— Въ самостоятельности судей выражается самостоятельность права, его отдѣльное бытіе; юристы вызываются жизнью, ихъ появленіе означаетъ поворотъ къ особому юридическому мышленію. *Jhering*, II. 326.

XV. Содержаніемъ права юристовъ служитъ всегда acquitas, исправляющая и дополняющая строгое право. Это содержаніе выражается въ понятіяхъ юридическихъ, то есть такихъ, которыя имѣютъ не чисто-логическій характеръ, а выводятся изъ дѣйствительныхъ требованій жизни. Такія понятія имѣютъ силу, независимо отъ своей внѣшней формы, не связаны съ нею. Для обычнаго права спеціальною формою служитъ юридическій обычай, для закона юридическое слово; право юристовъ свободно въ выборѣ своего выраженія. Но съ другой стороны обычное право и законъ существуютъ только до тѣхъ поръ, пока существуетъ ихъ форма: они прекращаютъ свое бытіе, какъ скоро исчезаетъ обычай и слово, хотя бы содержаніе ихъ оставалось тоже; напротивъ вся сущность права юристовъ заключается въ его содержаніи;

оно способно принять самыя разнообразныя формы и живетъ до тѣхъ поръ, пока оно истинно, пока не лишится силы внутренняго убѣжденія. Это есть всегда jus auctoritativum, сила котораго лежитъ въ сознаніи лица (*Puchta*, Pand. 29).

Den Zusammenhang des Rechts mit dem allgemeinen Volksleben nennen wir das *politische* Element, das abgesonderte wissenschaftliche Leben des Rechts aber das *technische* Element desselben. *Savigny*, Beruf, 12. Варнкёнигъ (Enc. 100) предвидитъ въ далекомъ будущемъ соединеніе обоихъ элементовъ и преобладаніе права юристовъ надъ всѣми прочими формами права.

XVI. Въ этомъ особенномъ характерѣ права юристовъ заключается его сила и недостаточность. Если юристы способны претворить въ одно цѣлое всѣ выраженія права и жизни, то въ нихъ сосредоточивается все юридическое творчество народа и эпохи, получающее внутреннюю силу; но если это условіе не выполняется, то выступаютъ всѣ формальные недостатки права юристовъ. Эти недостатки состоятъ въ томъ, что оно не поддежитъ контролю народа, создается помимо его представителей и притомъ ex post facto; оно нераспознаваемо, такъ какъ неизвѣстно, слѣдуетъ ли принимать въ основаніе исключительно достоинство (elegantia) судебныхъ рѣшеній или ихъ количество (*Austin*, II. 359), и такъ какъ изъ частныхъ случаевъ необходимо каждый разъ открывать ratio decidendi; наконецъ оно не имѣетъ общеизвѣстности, а служитъ достояніемъ только одного класса лицъ.

Этимъ объясняется различный взглядъ писателей на право юристовъ. Безелеръ, имѣя въ виду нѣмецкихъ юристовъ, замѣчаетъ, что юриспруденція можетъ получить направленіе, несогласное съ народною жизнью, а потому обычное право должно поставить выше права юристовъ. Глазеръ (Enc. 48) полагаетъ, что право юристовъ не есть особая форма права: судебный обычай относится къ обычному праву, а судебныя рѣшенія представляютъ собою законодательную власть. Тоже *Brinckmann*, 48: die Re-

sultate, welche die wissenschaftliche Reflexion ergiebt, das sogenannte wissenschaftliche oder Juristenrecht, sind kein Recht.

Несмотря однако на всѣ эти чисто-формальные недостатки, исторія и современный бытъ всѣхъ обществъ представляютъ собою тотъ непреложный фактъ, что всегда и вездѣ существовало право юристовъ, какъ органъ правды. Законодательная власть опиралась на него, какъ на дѣйствительную силу (напр. въ средніе вѣка Cäsarianer и Fürstenianer); политическія ученія оказывали большое вліяніе на общественную жизнь; авторитетъ юристовъ признавался повсюду, какъ защита противъ измѣнчивости и произвола власти. На юристовъ смотрятъ повсюду, какъ на представителей разума права, который не ограничивается буквою извѣстнаго законодательства, но высказывается въ юридической жизни всѣхъ народовъ. Поэтому ихъ необходимость чувствуется особенное сильно въ тѣхъ случаяхъ, когда право извѣстнаго народа перестаетъ быть исключительно національнымъ и происходитъ юридическое заимствованіе, а также вообще, когда возникаетъ новый общественный порядокъ. Но независимо отъ этого, право юристовъ имѣетъ характеръ необходимой формы положительнаго права, связущей законъ съ юридическими обычаемъ, дающей имъ новую жизнь и дополняющей своимъ авторитетомъ ихъ неизбѣжные пробѣлы, несовершенства и отсутствіе обязательности. Такимъ образомъ, право юристовъ даетъ смыслъ обычному праву и указываетъ дальнѣйшій путь законодательству; оно замѣняетъ ихъ собою вполнѣ въ такихъ сферахъ общественной жизни, въ которыхъ строгое право не находитъ безусловнаго приложенія, какъ напр. въ международныхъ отношеніяхъ или въ періоды общественныхъ переворотовъ (въ Римѣ, въ Сѣверной Америкѣ); въ немъ

положительное право примиряется съ идеаломъ права и съ дѣйствительными требованіями жизни.

XVII. Таковы формы положительнаго права. Онѣ подводятся подъ двѣ категоріи: писаннаго и неписаннаго права. Въ юридическомъ смыслѣ (sensu juridico) эти понятія имѣютъ техническое значеніе, такъ какъ всѣ формы права могутъ получить двоякое внѣшнее выраженіе — на письмѣ и въ словѣ. Къ категоріи писаннаго права юридически относятся только постановленія верховной законодательной власти: это есть право, quod ab initio literis mandatum est; категорія неписаннаго права обнимаетъ обычное право и выработанное ex disputatione fori. Этимъ двумъ понятіямъ соотвѣтствуютъ также термины: дарованнаго (октроированнаго) и договорнаго права (pactirtes Recht): первое предписывается властью, второе возникаетъ изъ соглашеній отдѣльныхъ лицъ.

На основаніи указаннаго выше раздѣленія, напр. преторскіе эдикты относятся многими учеными къ неписанному праву, а всѣ распоряженія государей къ писанному. Англійская комиссія 1867 года для составленія кодекса приняла три вида положительнаго права: immemorial custom; statutes; judicial decisions and dicta.

XVIII. Общее отношеніе между тремя основными формами положительнаго права выражается въ началѣ равенства обычнаго права съ закономъ, хотя послѣднему придается внѣшнее преобладаніе; что же касается до права юристовъ, то оно считается дополненіемъ закона и почти повсюду подчиняется ему.

Что законъ и обычное право имѣютъ одинаковую внутреннюю силу, это доказывается главнымъ образомъ столкновеніемъ между ними, исходъ котораго есть quaestio facti. Обычай, несогласный съ закономъ, прямо отмѣняетъ его или оставляетъ безъ приложенія; только основные

законы стоятъ выше обычая и не могутъ быть поколеблены имъ, подобно тому, какъ они стоятъ выше обыкновенныхъ законовъ. Признавая дѣйствіе обычнаго права въ опредѣленныхъ сферахъ, законъ повинуется непреложной силѣ вещей: обычное право гораздо ближе къ жизни, и борьба противъ него возможна только въ томъ случаѣ, если на сторонѣ закона стоитъ сила нравственности и справедливости; только одухотворенная буква закона, находящая поддержку въ лучшихъ членахъ общества, можетъ получить перевѣсъ надъ общественными привычками, убѣжденіями и даже предразсудками. Юридическое творчество народа чувствуется живѣе въ своемъ непосредственномъ выраженіи, чѣмъ въ отвлеченной нормѣ, и такъ какъ невозможно остановить также творчество, то необходимо дать ему признаніе.

Что касается до права юристовъ, то оно выступаетъ только въ томъ случаѣ, когда нѣтъ вовсе закона, или же когда существующіе законы противурѣчатъ другъ другу (антиномія) и взаимно себя уничтожаютъ (*Puchta*, Inst. I. 44). Это преобладаніе закона выражается въ относительной обязательности судебныхъ рѣшеній. Такъ напр. приговоръ, основанный на правѣ юристовъ, можетъ быть оспориваемъ, если онъ несогласенъ съ закономъ; но нельзя кассировать рѣшенія потому, что оно не согласно съ правомъ юристовъ, напр. во Франціи съ римскимъ правомъ, которое признается raison écrite du droit. Какъ скоро можно съ увѣренностью сказать относительно даннаго случая: ita lex scripta est — общая справедливость можетъ найти себѣ путь только въ формѣ помилованія. Законодательство имѣетъ за себя всегда презумцію справедливости въ ея приложеніи къ данному обществу, а потому отвлеченно-лучшее ея формулированіе не можетъ отмѣнить существующаго закона; ина-

че право потеряло бы свою опредѣленность и лишилось бы одного изъ необходимыхъ своихъ элементовъ.

При столкновеніи, первое мѣсто занимаетъ автономическое право, потомъ обычное право и законъ на равныхъ основаніяхъ; пробѣлы ихъ дополняются судебными рѣшеніями. *Mohl*, Staatsr. 398.— Пухта (G. R. I. 90, II. 206) не дѣлаетъ различія между consuetudo legi contraria и desuetudo; другіе различаютъ ихъ. Законъ можетъ быть отмѣненъ чрезъ desuetudo; Людерсъ (стр. 95) полагаетъ, что такой отмѣнѣ подлежатъ даже основные законы. Англійскіе юристы ставятъ обычное право выше парламентскихъ актовъ.— Варнкёнигъ (Enc. 96) видитъ въ правѣ юристовъ высшую форму: die ganze Gestaltung des Rechtes eines Volkes die ist, welche durch die Rechtswissenschaft aufgedrückt wird. Аренсъ (Enc. 93) напротивъ считаетъ право юристовъ только посредствующею формою права.—Большинство писателей по государственному праву считаютъ единственнымъ источникомъ его законъ. Значеніе права юристовъ есть всегда facti, а не juris. *Held*, Staatsr. 145, 157.

XIX. Органическое цѣлое всѣхъ трехъ источниковъ или формъ положительнаго права образуетъ Уложеніе или кодексъ.

Въ составъ его входятъ не только законы, но также обычное право и право юристовъ. Этимъ уложеніе отличается внѣшнимъ образомъ отъ свода законовъ; оно не ограничивается постановленіями законодательной власти, но основывается на народныхъ воззрѣніяхъ, обнимаетъ собою интересы всѣхъ классовъ общества, установляется компетентными лицами, знакомыми съ народнымъ бытомъ (соборное уложеніе), и проникается нравственнымъ сознаніемъ о правѣ. Поэтому кодификація есть полное выраженіе юридической жизни, приведеніе въ стройную систему разнообразнаго и богатаго матеріяла, который собранъ народною исторіею и сохранился въ сознаніи законодателей, юристовъ и всего народа. Заимствованное право претворяется въ національное,

отдаленное прошедшее оживаетъ и освѣжается, чаянія лучшаго порядка получаютъ санкцію и видимое выраженіе. Отдѣльные, частные опыты въ достиженіи правды становятся общимъ достояніемъ, требованіямъ жизни открываются новые пути и дается просторъ. Въ кодексѣ (отъ condere) отражается всецѣло объективное право даннаго времени и въ немъ находитъ свою исходную точку его дальнѣйшее движеніе: характеръ кодекса опредѣляется несовершенствомъ или зрѣлостью отдѣльныхъ законовъ, силою и значеніемъ юридическихъ обычаевъ, авторитетомъ науки: онъ не есть исключительное дѣло законодателя, не является чѣмъ-либо внѣшнимъ, а коренится въ жизни. Сліяніе всего права воедино требуетъ извѣстной степени развитія всѣхъ его формъ; а потому появленіе кодексовъ не зависитъ отъ случая: оно вызывается потребностью собрать и утвердить (уложить) все, что̀ добыто жизнью и наукою, связать прошедшее съ будущимъ, охранить новыя творческія отношенія жизни. Кодификація всегда совпадаетъ поэтому съ кореннымъ измѣненіемъ общественнаго строя, она стоитъ на рубежѣ между старымъ и новымъ, заканчиваетъ законодательные опыты и полагаетъ твердые основы, на которыхъ могутъ созидаться новыя юридическія отношенія. Само уложеніе вслѣдствіе этого не можетъ оставаться неизмѣннымъ. Общее начало о вѣчности его—lex perpetuo valitura—означаетъ лишь то, что измѣненія положительнаго права совершаются въ формѣ того же права и что поэтому между ними существуетъ постоянная юридическая преемственность (Rechtscontinuität). При органическомъ единствѣ всего права, всякое движеніе въ немъ представляется наглядно въ своихъ послѣдствіяхъ и въ связи со всею системою институтовъ, такъ что разъ установленное юридическое цѣлое сохраняется постоянно.

Въ Уложеніе входитъ все, что̀ въ юридической жизни народа оказалось дѣйствительностью, вслѣдствіе разума права, и что̀ потому должно быть охранено ради движенія жизни; на него народъ смотритъ, какъ на священный завѣтъ, который долженъ быть исполняемъ съ уваженіемъ и любовью, какъ выраженіе народнаго самосознанія.

Вопросъ о несовершенствѣ и даже вредѣ кодексовъ, поднятый въ теоріи, разрѣшенъ на практикѣ въ пользу уложеній; необходимость ихъ сознана повсюду. Бентамъ былъ однимъ изъ главныхъ поборниковъ кодекса и предлагалъ въ Америкѣ и въ Россіи составленіе уложеній. Это предложеніе вызвало противудѣйствіе со стороны нѣмецкихъ ученыхъ, во главѣ которыхъ стоялъ Савиньи. Мнѣнія, высказанныя по поводу уложеній въ началѣ нынѣшняго столѣтія въ Германіи, изложены въ Энциклопедіи *Неволина* (изд. 1857, II. 423). Недоразумѣнія и нелюбовь къ кодексамъ объясняются почти исключительно боязнью, что съ уложеніемъ наступитъ конецъ обычному праву, что октропированные законы вытѣснятъ всѣ другіе и что все юридическое творчество будетъ отдано въ руки государственной власти. Нѣтъ нужды доказывать неосновательность такого положенія. Кодексъ не есть нѣчто неизмѣнное; онъ способенъ къ развитію и улучшенію. Наглядным примѣромъ такого развитія можетъ служить французскій кодексъ, многія положенія котораго измѣнились со времени его изданія. Въ кодексахъ высказывается стремленіе къ единству и обобщенію всего права, условливаемому его сущностью. Противники кодификаціи указывали на преждевременность уложеній для новыхъ народовъ, такъ какъ право ихъ измѣняется быстро и сложилось не органически; другіе указывали на примѣръ Англіи и полагали, будто отсутствіе кодекса въ этой странѣ служитъ выраженіемъ ея свободы. Но всѣ опасенія, предположенія и предостереженія противъ кодексовъ оказались несостоятельными.

СОДЕРЖАНІЕ ПРАВА.

(Право въ субъективномъ смыслѣ).

ГЛАВА X.

Юридическія отношенія.

Held, Staat und Gesellschaft. 3 Bde. Leipz. 1861 - 65. — *Holtzendorff*, Die Principien der Politik. Berl. 1869. — *Frantz*, Die Naturlehre des Staats: *Deutsche Vierteljahrschr.* 1868 №№ 123 и 124. — *Unger*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. 3-te Aufl. 2 Bde. Leipz. 1868. — *Hassner*, Filosofie des Rechts. Prag, 1851. — *Gerstner*, Die Grundlehren der Staatsverwaltung. Würzb. 1862-4. — *Ahrens*, Cours de droit naturel ou de philosophie du droit. 6-me edit. 2 vols. Leipz. 1868.— *Arnts*, Lehrbuch der Pandecten. 6-te Aufl. Münch. 1868.

I. Общія нормы права не остаются отвлеченными понятіями, но получаютъ свое приложеніе въ жизни, въ отношеніяхъ между лицами. Не создавая этихъ отношеній, право само вытекаетъ изъ нихъ и существуетъ для выраженія всей полноты жизненнаго творчества: оно устраняетъ случай и дѣлаетъ возможнымъ всестороннее проявленіе нравственныхъ руководящихъ силъ.

Поэтому та ступень, на которой отношенія ставятся юридическими, т. е охраняемыми правомъ, занимаетъ средину между фактомъ и нравственностью: чрезъ посредство ихъ фактическое творчество жизни достигаетъ

своего нравственнаго выраженія. Жизненныя отношенія получаютъ характеръ юридическихъ въ той мѣрѣ, въ какой это необходимо для осуществленія нравственныхъ силъ труда, любви и справедливости; только отношенія, не имѣющія творческаго значенія, а равно тѣ, которыя основаны исключительно на нравственной свободѣ (благотворительность, любовь), стоятъ внѣ области права: первыя остаются только фактическими, другія переходятъ за предѣлы юридически достижимаго.

In der Summe der Rechtsinstitute und Rechtsverhältnisse besteht die Welt des wirklichen Rechts. *Walter*, Enc. 63. — Право служитъ условіемъ жизни въ томъ же смыслѣ, въ какомъ, относительно физической природы, земля, свѣтъ, воздухъ, теплота и влага служатъ условіями произрастенія. Условіе не тождественно съ *причиною*: условливаемое и условливающее находятся во взаимнодѣйствіи. *Röder*, I. 100.

II. Этимъ общимъ характеромъ юридическихъ отношеній опредѣляется ихъ двоякая сторона и мѣсто, занимаемое ими въ ряду прочихъ отношеній жизни.

Въ основѣ каждаго юридическаго отношенія лежитъ потребность, которою оно создается. Потребность эта существуетъ прежде права, она вытекаетъ изъ врожденныхъ человѣку силъ, и на пути къ своему нравственному выраженію встрѣчается съ правомъ, нуждается въ его охраненіи. Отдѣльность и зависимость лица во всемъ разнообразіи своихъ жизненныхъ формъ могутъ получить юридическій характеръ: хозяйство, общеніе во всѣхъ видахъ, духовныя силы человѣка приготовляютъ готовый матеріялъ для права и призываютъ его на помощь. Чрезъ посредство права всякая новая сила можетъ достигнуть своего нравственнаго выраженія и опредѣлить свое мѣсто въ общемъ движеніи жизни, если только она способна къ творчеству. Юридическое содержаніе ея служитъ при-

готовленіемъ къ господству нравственности: государственная власть и юридическій порядокъ имѣетъ цѣлью воспитать нравственную свободу гражданъ, строгіе договоры поддерживаютъ честность и т. п. Въ этомъ смыслѣ юридическія отношенія служатъ ступенью, посредствующимъ звеномъ между фактомъ и нравственностью. Только послѣ строгой школы права, для общества и для отдѣльнаго лица становится возможнымъ творческое движеніе жизни, и этотъ непреложный законъ повторяется всюду: стремленіе фактическихъ отношеній сдѣлаться юридическими замѣчается въ различныхъ сферахъ человѣческой жизни; лицо видитъ въ правѣ даже большее обезпеченіе, чѣмъ въ нравственности: подтвержденіемъ этому могутъ служить отношенія подданныхъ къ верховной власти, вопросъ о вѣчномъ мирѣ, о совершеніи брака, въ прежнее время сословія, религіозныя вѣрованія и проч.

III. Но и послѣ установленія юридическихъ формъ для отношеній между лицами, жизнь продолжаетъ наполнять ихъ своимъ содержаніемъ, видоизмѣняя ихъ или подчиняясь имъ. Она образуетъ фактическую сторону этихъ отношеній, безъ которой они не мыслимы: договоры служатъ выраженіемъ хозяйственныхъ сдѣлокъ, государство отражаетъ на себѣ извѣстную степень народной цивилизаціи и т. под.; подъ юридическою формою кроется всегда удовлетворяемая потребность или сила жизни, ради которой существуетъ самая форма. Непреложные факты хозяйства, общенія и нравственности вызываютъ непремѣнно для себя юридическое опредѣленіе и служатъ для нихъ основою.

Фактическою или естественною стороною не ограничиваются однако юридическія отношенія. Въ нихъ есть нѣчто, существующее независимо отъ факта: юриди-

ческая сторона ихъ есть выраженіе того творчества, къ которому факты способны, а не ихъ непосредственнаго проявленія. Въ этомъ смыслѣ юридическое въ отношеніяхъ есть то, что̀ въ нихъ разумно. Дѣйствительно, право охраняетъ явленія жизни не безусловно, а потому оно не тождественно съ фактомъ. Оно имѣетъ самостоятельное бытіе и творчество. Переходя въ область права, фактическія отношенія получаютъ особый характеръ, теряютъ свою непосредственность: бракъ не есть простое сожительство, договоръ перестаетъ быть простымъ обмѣномъ услугъ или вещей. Право можетъ идти даже за предѣлы существующаго фактически: оно признаетъ бытіе юридическихъ лицъ, разсматриваетъ собственность независимо отъ воздѣйствія лица на предметъ и проч. Такое юридическое творчество основано на явленіяхъ жизни, но въ немъ выражаются понятія, какъ отвлеченія отъ непосредственнаго факта, руководящія жизнію и ее видоизмѣняющія.

Обѣ стороны юридическихъ отношеній существуютъ совмѣстно. Ими опредѣляется движеніе жизни, на почвѣ которой онѣ возникаютъ; на нихъ отражаются постоянныя задачи и цѣли человѣческаго развитія.

Савиньи называетъ фактическую сторону отношеній матеріальною, а юридическую формальною. Варнкенигъ (Enc. 21) принимаетъ три стороны: матеріальную, юридическую (раціональную) и общественную (историческую). Францъ замѣняетъ ихъ тремя слѣдующими: естественною (können), юридическою (dürfen) и нравственною (sollen). — По мнѣнію Нейнера, фактическая сторона отношеній есть основная; Францъ въ естественной сторонѣ, данной природою, признаетъ исключительно характеръ необходимости. *Frantz*, Naturl. CXXIII, 83.

Аренсъ въ слѣдующихъ словахъ опредѣляетъ отношеніе права къ цивилизаціи. Источникъ всякаго могущества лежитъ въ идеяхъ цивилизаціи, которыя раскрываются одна за другою и изъ кото-

рыхъ каждая, когда наступитъ ея чередъ, становится несокрушимою силою въ жизни человѣчества и народа; благоразуміе требуетъ, чтобы, согласно съ развитіемъ культуры, законы и учрежденія отвѣчали на призывъ новыхъ идей и давали имъ право гражданства, какъ скоро онѣ приготовлены предшествующею исторіею общества и вошли въ его убѣжденіе въ качествѣ живыхъ силъ. Праву предстоитъ тогда задачи—установить отношеніе новаго элемента общественнаго порядка къ прежнимъ. Le droit n'est donc pas un principe de puissance de la volonté, mais un principe régulateur et ordonnateur de la culture humaine. *Ahrens*, Cours, I. 252.

IV. Средою, въ которой образуются юридическія отношенія, и условіемъ ихъ образованія служитъ общественная жизнь людей. Отношенія между лицами исходятъ изъ того непреложнаго факта, что человѣкъ живетъ и развивается только въ общеніи съ другими; онъ сознаетъ себя не только какъ отдѣльное существо, но также въ значеніи члена единаго цѣлаго, и чѣмъ сильнѣе дѣйствуетъ въ немъ начало общительности (Geselligkeit), чѣмъ тѣснѣе становится его связь съ другими лицами, тѣмъ полнѣе выражается его природа.

Вытекающее изъ этой природы о б щ е н і е (Vereinigung) между лицами служитъ основою всѣхъ отношеній жизни и даетъ фактическое содержаніе праву. Оно обнимаетъ собою все человѣчество, но проявляется въ опредѣленныхъ единичныхъ формахъ, въ той мѣрѣ, въ какой сознается или непосредственно дѣйствуетъ сила, господствующая надъ разнообразіемъ личныхъ потребностей и стремленій.

Прежде всего фактически-одинаковое мѣсто жительства и одинаковость крови условливаютъ единеніе между лицами. Пребываніе на одномъ и томъ же пространствѣ земли, даже временное, подчиняетъ людей вліянію извѣстныхъ условій и причинъ: сосѣдство въ театрѣ, на желѣзныхъ дорогахъ, на площади можетъ послужить пово-

домъ къ самому тѣсному сближенію, во всякомъ случаѣ оно указываетъ на существованіе общихъ интересовъ. Еще болѣе значенія имѣетъ постоянное отношеніе къ землѣ, ея обработываніе. Земледѣліе требуетъ соединенія труда, ставитъ лица въ зависимость отъ однихъ и тѣхъ же вліяній природы, связываетъ одинаковостью надеждъ и опасеній: по народнымъ преданіямъ, основатели обществъ были вмѣстѣ съ тѣмъ учителями обработыванія земли. Съ увеличеніемъ потребностей является болѣе сложное хозяйство, которое закрѣпляетъ связь не только между сосѣдями, но и между лицами, живущими на далекомъ разстояніи другъ отъ друга; обмѣнъ товаровъ вызываетъ сношенія болѣе и болѣе частыя; торговля получаетъ характеръ всемірный, такъ что весь земной шаръ становится мѣстомъ общенія человѣческаго; сосѣдство теряетъ свой исключительно географическій характеръ.

Далѣе, природное влеченіе различныхъ половъ служитъ основаніемъ самаго тѣснаго единенія между лицами, которое закрѣпляется рожденіемъ дѣтей, единеніемъ физическаго естества, крови. Такое природное единство переходитъ на нѣсколько поколѣній, сохраняющихъ неизмѣнно одну и туже кровь въ своихъ жилахъ. Семейства путемъ нарожденія образуютъ родъ, а изъ родовъ нарастаетъ племя, различающее своихъ отъ чужихъ по преемственности крови.

Съ такою же неотразимою силою, какъ физическая природа, выступаетъ общеніе духовное между лицами, какъ выраженіе человѣческой культуры. Основною и всеобъемлющею силою такого общенія служитъ религія, соединяющая все человѣчество въ одномъ лицѣ Богочеловѣка или же опредѣленное чи́сло лицъ вѣрою въ единичныя олицетворенія божества. Далѣе слѣдуетъ общеніе научное, художественное, общеніе убѣжденій (партіи),

дружба, человѣколюбіе, одинаковое воспитаніе, средства жизни, родъ имущества и т. д.

Всѣ эти основы общенія не являются исключительными, но дѣйствуютъ одновременно и совмѣстно, хотя въ данной формѣ можно указать на преобладаніе извѣстной силы. Такъ напр. бракъ не остается только физическимъ единеніемъ лицъ, а переходитъ въ нравственный союзъ между ними; кровное племенное общеніе закрѣпляется въ языкѣ, нравахъ, преданіяхъ, исторіи; одинаковое мѣсто жительства, фактическое соединеніе и раздѣленіе труда образуютъ общины, корпораціи, которыя не чужды интересамъ духовнымъ и проч.

«Въ связи съ земледѣліемъ находятся религія, нравы, право и всѣ культуры, на что̀ указываетъ латинское слово colere. Естественное влеченіе половъ преодолѣваетъ всѣ препятствія; оно служитъ условіемъ всѣхъ общественныхъ отношеній. За соединеніемъ половъ слѣдуетъ самая сильная природная связь національности.» *Frantz*, CXXIV, 171, 173. — Гонеггеръ въ своемъ сочиненіи Grundsteine einer allgemeinen Culturgeschichte der neuesten Zeit (Leipz. 1868), въ главѣ Sociale Züge, указываетъ на слѣдующія стороны культуры: промышленность, торговлю, обученіе, религію, благотворительность, науки, искусства, литературу и журналистику. *Honneger*, I. 56. — Штейнъ принимаетъ три области жизни: хозяйство, въ которомъ матеріяльныя блага существуютъ только для себя; область исключительно духовной жизни — наука, искусство и религія; наконецъ область, въ которой выступаютъ самодѣятельно матеріяльная и духовная сторона, есть область государственной жизни. *Stein*, Syst. II. 36.

V. Природныя и духовныя основы общенія получаютъ характеръ интересовъ, которые отдѣльно или во взаимномъ сочетаніи получаютъ различное выраженіе или организацію. Такое выраженіе, разсматриваемое съ фактической стороны, называется группою или классомъ, а съ юридической — обществомъ.

Группы или классы служатъ естественною формою, въ которой осуществляется единство хозяйственныхъ, нравственныхъ и духовныхъ интересовъ. Такое единеніе можетъ выступать съ большею или меньшею силою, смотря по количеству и тождественности интересовъ, но въ немъ всегда сохраняется одна и та же характеристическая черта: принадлежность лица къ одной группѣ не исключаетъ его принадлежности къ другой и опредѣляется только фактически. Касты, сословія, землевладѣльцы, купцы, богатые, пролетаріи, ученые, чернь, горожане и проч. представляютъ собою болѣе или менѣе естественныя (органическія) явленія жизни, въ которыхъ выражается общеніе.

Безспорно, одинаковость интересовъ и занятій кладетъ общую печать на всѣ лица извѣстной группы, отличающую одну группу отъ другихъ. Къ этому привходятъ воспитаніе, преданія и чувства взаимной помощи и поддержки. Но основанная на такомъ началѣ связь есть только фактическая; она не имѣетъ опредѣленной формы творчества и выступаетъ съ особенною силою только во время борьбы, когда одинъ классъ становится противъ другаго. Примѣромъ этому могутъ служить стачки работниковъ, борьба сословій, партій, національностей, optimates et populares, trade unions и проч. Одушевляемые сознательно или безсознательно чувствомъ общаго интереса и опасности, члены группы смыкаются тѣснѣе другъ съ другомъ и становятся силою, которая фактически завоевываетъ себѣ извѣстное положеніе. Соціальная борьба проявлялась повсюду и составляетъ необходимое явленіе жизни. Право не можетъ ни создать этого повсемѣстного факта, ни уничтожить его; но оно не можетъ искусственно закрѣплять исключительность классовъ и придавать юридическую силу тому вліянію, которое имѣетъ одна

группа лицъ надъ другою. Всѣ попытки организовать бѣдность или богатство, придать юридическій характеръ партіямъ, создать аристократію и т. под. противурѣчатъ существу тѣхъ силъ, на которыхъ основаны группы. Ихъ разнообразіе и столкновеніе есть неизмѣнный законъ жизненнаго творчества, вызывающій взаимное соревнованіе и помощь, стремленіе высшихъ классовъ умѣньшить матеріальную и духовную бѣдность низшихъ. Здѣсь полный просторъ выраженію нравственныхъ силъ человѣка, и вмѣшательство права остановило бы развитіе жизни: съ кастами неразрывно связанъ застой и формализмъ, заглушавшій движеніе общества; даже косвенное охраненіе извѣстной партіи (поддержка со стороны правительства), а также запрещеніе фактическаго вліянія (н. п. недозволеніе митинговъ) вызываютъ протестъ, какъ извращеніе существа группы, препятствіе къ раскрытію ея нравственныхъ силъ. Соціальная борьба не выработала и не можетъ выработать той формы, которая должна быть охраняема; невозможно опредѣлить развѣтвленіе интересовъ, образованіе и переобразованіе группъ; онѣ не стѣсняются пространствомъ, не замыкаются въ строгихъ формахъ, но движутся постоянно подъ вліяніемъ новыхъ идей и новыхъ потребностей.

Точно такъ же какъ цѣлыя группы, и отдѣльные члены ихъ становятся другъ къ другу только въ фактическія отношенія. Перемѣна занятій, обогащеніе или обѣдненіе лица измѣняетъ его соціальное положеніе ipso facto; даже неизмѣнное начало крови не можетъ служить препятствіемъ къ переходу изъ одной группы въ другую: аристократъ по рожденію становится иногда либераломъ по убѣжденію, никто не обязанъ подчиняться узкому взгляду и предразсудкамъ своего класса. Такому фактическому характеру отношеній между членами группы противурѣ-

чатъ цѣховое устройство, морганатическій бракъ, вообще всякое юридическое закрѣпленіе лица въ извѣстномъ положеніи. Относясь одновременно къ разнымъ группамъ, каждый принимаетъ участіе въ ихъ интересахъ, по скольку они совпадаютъ съ его матеріяльными и духовными потребностями, не заручаясь напередъ опредѣленными обязательствами.

Всякое стремленіе класса къ юридическому охраненію лишаетъ его нравственной силы: исторія аристократіи служитъ тому доказательствомъ: дворянство можетъ быть нравственно сильно только подъ условіемъ юридическаго равенства съ другими классами. Чѣмъ свободнѣе входъ и выходъ и чѣмъ къ большему числу группъ принадлежитъ лицо, тѣмъ крѣпче взаимная связь между ними; даже въ исторически существующихъ группахъ эта одновременная принадлежность къ разнымъ группамъ возможна; «венгерскій магнатъ, говоритъ Моль (Enc. 19) дѣйствуетъ и сознаетъ себя въ одно и тоже время какъ членъ своего сословія, членъ мадъярской народности, католической церкви, общины, какъ крупный землевладѣлецъ и проч.»

Обыкновенно для обозначенія естественныхъ группъ употребютъ слово *общество*. Штейнъ принимаетъ терминъ *кругъ* только для общенія, основаннаго на размѣрѣ владѣемаго имущества и называетъ *группою* общеніе, которое вытекаетъ изъ одинаковаго рода имуществъ. *Stein*, Syst. II. 216.—Моль особенно рельефно указалъ на значеніе *общественныхъ круговъ*, въ основу которыхъ онъ полагаетъ: единство племени и языка; общее происхожденіе отъ знаменитыхъ родовъ; одинаковое личное значеніе; одинаковость занятій; имущественныя отношенія (размѣръ и родъ имущества); общую религію; одинаковое мѣсто жительства. *Mohl*, Enc. 20.—Герстнеръ видитъ въ группахъ выраженіе естественнаго закона общенія и называетъ ихъ sociale Lebenskreise. Es bleiben uns nur Racen, Nation und Volk, Stamm, Stand und die Gemeinde als Erscheinungsformen der socialen Lebensgesetze. *Gerstner*, Staatsverw. I. 86. — Мишле (Naturr. II. 151) ограничивается тремя формами: Bezirk, Gemeinde, Kreis.—Францъ перечисляетъ слѣдующія: хозяйственное единеніе, семейное, племенное, религіозное, народное, научное; далѣе общину, сословія, корпораціи, ассоціяціи,

благотворительныя учрежденія, наконецъ общество въ смыслѣ неюридическомъ. — Гольцендорфъ употребляетъ выраженіе Gemeinschaftsgruppen и подводитъ формы общенія подъ двѣ категоріи: къ первой, основанной на рожденіи, принадлежатъ семейство, родъ, племя, раса, касты и средневѣковыя сословія; вторая категорія, основанная на свободномъ выборѣ, обнимаетъ собою классы общества, образуемые различнымъ призваніемъ въ жизни (войско, чиновники), общеніе идей (ученыя общества и академіи), религіозныя общества, наконецъ общеніе интересовъ. *Holtzendorff*, 270.

VI. Общеніе и основанныя на немъ группы или классы лицъ служатъ средою, въ которой фактически воспитывается и укрѣпляется сознаніе о цѣломъ и слѣд. приготовляется матеріялъ для юридическихъ отношеній.

Это фактическое выраженіе единства служитъ основою общества, когда члены цѣлаго связываются съ нимъ и между собою не только нравственно но и юридически. Нравственная связь выражается въ повиновеніи той власти, которая обезпечиваетъ цѣлое отъ произвола отдѣльныхъ лицъ; юридическая же охраняетъ ту противуположность, которая существуетъ между цѣлымъ и его членами, разграничиваетъ власть и тѣхъ, кто ей повинуется.

Безъ нравственной связи немыслима ни одно общество: преданность и самопожертвованіе составляютъ необходимое условіе развитія цѣлаго; исключительность и произволъ личный разрушаютъ общеніе; при отсутствіи власти, сдерживающей всѣхъ и каждаго, единство становится случайнымъ, не имѣетъ характера прочности и постоянства. Поэтому въ каждомъ обществѣ необходимо сознаніе о тождествѣ общаго и частнаго, любовь и преданность, взаимная поддержка и помощь.

Но съ другой стороны общество не поглащаетъ совершенно лица, оно не уничтожаетъ его отдѣльныхъ потребностей. Нравственная связь власти и повинующихся не исключаетъ противуположности между ними.

При взаимномъ воздѣйствіи общаго и особеннаго выясняется сущность потребностей: однѣ изъ нихъ необходимо остаются чисто-личными и требуютъ охраненія, какъ таковыя, другія же теряютъ свое отдѣльное бытіе и сливаются съ потребностями цѣлаго; такъ напр. нельзя отнять у собственности или семейства ихъ индивидуальнаго характера, точно такъ же, какъ судъ и наказаніе не могутъ оставаться личными. Такая противуположность между общимъ и особеннымъ требуетъ охраненія того и другаго, а слѣд. участія права, которое даетъ юридическій характеръ отношеніямъ, какъ выраженію творчества власти и повинующихся ей.

Наконецъ нравственно и юридически организованное общество имѣетъ своею задачею постоянное движеніе, достиженіе цѣли своего бытія. Отсюда вытекаютъ политическія отношенія. Въ каждомъ обществѣ власть принимаетъ мѣры для благосостоянія, раскрытія всѣхъ личныхъ и общественныхъ силъ, удовлетворенія потребностямъ; съ своей стороны лицо также достигаетъ своихъ особыхъ цѣлей и въ этомъ смыслѣ вступаетъ въ политическія отношенія.

Общество есть не только соединеніе многихъ лицъ въ одно цѣлое, но въ тоже время соединеніе противуположныхъ основныхъ силъ человѣческой природы. *Glaser*, 53. — Первый моментъ всякаго общества есть фактъ повиновенія. *Fichte*, Syst. II, 222. — Естественно общество начинается снизу, т. е. съ индивидуумовъ и ихъ интересовъ, культурно же сверху, съ силы и авторитета, которымъ подчиняются отдѣльныя лица *Fröbel*, I. 107. — Штейнъ признаетъ три основныя потребности общества: силу, право и культъ; отсюда первоначально всюду троякая общественная власть: военачальника, судьи и жреца.

VII. Такимъ образомъ общество, основанное на фактическомъ началѣ общенія, дѣлаетъ возможными юридическія отношенія чрезъ посредство существующей въ

немъ власти. Поэтому всѣ юридическія отношенія суть общественныя. Но невсѣ общественныя отношенія суть юридическія: право привходитъ только въ той сторонѣ ихъ, въ которой необходимо разграничить общее и особенное и охранить форму ихъ взаимнодѣйствія.

На этомъ основывается связь между юридическими, нравственными и политическими отношеніями въ обществѣ и различный характеръ обществъ.

Право охраняетъ нравственное выраженіе власти, поддерживаетъ ее въ этомъ значеніи и возводитъ на степень непреложнаго явленія жизни. Оно не предписываетъ самоотверженія на пользу общую, но даетъ возможность каждому отдѣльному лицу участвовать въ поддержаніи цѣлаго и запрещаетъ всякое неповиновеніе, или все, что извращаетъ нравственный характеръ власти.

Право далѣе устанавливаетъ предѣлы политической дѣятельности власти, которая находится въ зависимости отъ обстоятельствъ времени, отъ внѣшнихъ вліяній и другихъ условій успѣшнаго достиженія цѣли. Политическія отношенія опредѣляются цѣлесообразностью; они основаны на *вѣроятіи*, тогда какъ право служитъ выраженіемъ *достовѣрности* творчества. Поэтому политика должна ограничиваться правомъ, хотя право не можетъ обнять и опредѣлить напередъ все движеніе общества, а потому должно предоставить просторъ политической дѣятельности власти и отдѣльныхъ лицъ: она не предписываетъ, когда нужно вести войну, когда слѣдуетъ покупать, вступать въ бракъ, но опредѣляетъ формы войны, договоровъ и проч.

Гольцендорфъ пріурочиваетъ политику къ законамъ, содержащимъ въ себѣ дозволеніе (Gestattung). «Никому не приходило въ голову, говоритъ онъ, требовать, чтобы государственный законъ напередъ запрещалъ войну или предписывалъ ее въ случаѣ опредѣленнаго нарушенія права. Вездѣ и всегда вопросъ о томъ, слѣдуетъ или не слѣдуетъ воевать, есть политическій вопросъ:

приложеніе или неприложеніе повсюду признаннаго права войны зависитъ отъ обстоятельствъ частнаго случая, отъ силы противника, отъ его уступчивости и готовности къ примиренію, отъ важности нарушенныхъ интересовъ и проч.» *Holtzendorff*, 90. — Францъ называетъ *метаполитическими* вопросы, касающіеся природы человѣка, его первоначальнаго положенія, его конечной цѣли или будущаго назначенія человѣчества. «Главнымъ источникомъ метаполитики, говоритъ онъ, служитъ безспорно Библія, которой повѣствованія и ученія относятся прямо къ метаполитическимъ вопросамъ, но не къ политикѣ; о послѣдней въ Библіи не говорится ничего, за исключеніемъ указаній на государственный бытъ Евреевъ» *Frantz*, CXXIV, 199. Впрочемъ авторъ не отвергнетъ значенія метаполитики для ученія о государствѣ.

VIII. Степень участія права въ опредѣленіи отношеній общественныхъ зависитъ отъ характера общества и наоборотъ: по мѣрѣ того, какъ отношенія становятся юридическими или перестаютъ быть таковыми, измѣняется и значеніе общества. Такъ напр. бракъ изъ нравственнаго союза можетъ сдѣлаться договоромъ, имущественное отношеніе возводится въ политическое и проч.

Въ многообразныхъ видахъ общества можно различить три основныя категоріи ихъ: строго-юридическія или хозяйственныя общества, нравственныя и политическія. Въ первыхъ право опредѣляетъ почти исключительно отношенія между лицами, въ остальныхъ же оно касается только нѣкоторыхъ сторонъ. Но и въ хозяйственномъ обществѣ есть сторона нравственная и политическая (вѣрность предпріятію, умѣнье достигать его цѣли и проч.), такъ что всѣ три вида отношеній существуютъ совмѣстно. Различіе состоитъ только въ преобладаніи извѣстныхъ нормъ, отъ которыхъ зависитъ основной характеръ обществъ.

IX. Въ хозяйствѣ выражается по преимуществу отдѣльность и противуположность между лицами. Трудъ, на-

стойчивость, изобрѣтательность, бережливость, самообладаніе, — всѣ эти условія хозяйственной дѣятельности имѣютъ личный характеръ; цѣль хозяйства состоитъ въ пріобрѣтеніи средствъ, исключительно принадлежащихъ лицу, назначенныхъ для его пользованія или потребленія и увеличивающихъ его особенность. Поэтому въ отношеніяхъ, вытекающихъ изъ хозяйства, постоянно сохраняется противуположность интересовъ, которая вытекаетъ изъ существа хозяйственной дѣятельности и требуетъ юридическаго охраненія: собственность есть не только первое выраженіе права, но и первое условіе его бытія; отрицаніе собственности есть отрицаніе лица, смѣшеніе того, что̀ по природѣ имѣетъ отдѣльное бытіе.

Этотъ характеръ противуположности сохраняется и въ хозяйственномъ общеніи, какъ временномъ, такъ и постоянномъ; первое вызывается обмѣномъ отдѣльныхъ хозяйственныхъ средствъ и силъ, второе же имѣетъ цѣлью облегченіе и большую энергію труда.

Временное общеніе (договоръ) предполагаетъ необходимо противуположность; въ немъ участвуютъ двѣ стороны съ разными интересами, такъ что съ прекращеніемъ этого различія прекращается договоръ и начинается хозяйственное пользованіе.

Въ постоянномъ хозяйственномъ обществѣ (ассоціяціи) также соединяются и ограждаются только отдѣльные и противуположные интересы лицъ, которыми исчерпывается вполнѣ данное отношеніе и которые не смѣшиваются между собою. Общество представляетъ собою только сумму противуположностей, внѣ которыхъ не существуетъ особой самостоятельной потребности. Поэтому принадлежность къ ассоціяціи есть всегда условная: какъ скоро лицо можетъ собственными силами достигнуть опредѣленной цѣли, оно возстановляетъ свою первоначаль-

ную исключительность и противуположность, выдѣляетъ себя изъ общества, ограждаетъ свою личную особенность.

При такомъ характерѣ хозяйственныхъ отношеній, они всегда остаются строго-юридическими; каждый моментъ ихъ опредѣленъ точно, потому что въ каждый моментъ возможно ихъ прекращеніе, по скольку фактическая противуположность лицъ не исчезаетъ, а существуетъ постоянно. Къ этой категоріи отношеній принадлежатъ компаніи, артели, всѣ ассоціяціи для увеличенія имущественнаго производства, для болѣе выгоднаго обмѣна (кооперативныя общества) и т. под.

X. Другимъ характеромъ отличаются нравственныя общества. Въ нихъ безпрерывно измѣняется степень помощи, въ которой нуждаются лица и которая остается внѣ юридическаго опредѣленія. Право охраняетъ только основу воспитательнаго общества и его власти, запрещаетъ дѣйствія ее разрушающія, но не касается характера отношеній между отдѣльными лицами; такъ напр. оно признаетъ недѣйствительными условія между мужемъ и женою о томъ, чтобъ имъ не жить вмѣстѣ, наказываетъ за богохуленіе, за оскорбленіе родителей, преслѣдуетъ нарушеніе брака прелюбодѣяніемъ и пр. Такъ какъ нравственность требуетъ свободы, то право не можетъ дѣйствовать принужденіемъ, и предоставляетъ каждому лицу находить свое развитіе въ томъ или другомъ нравственномъ обществѣ: оно не принуждаетъ къ браку, къ монашеству и проч. Только въ хозяйственной сторонѣ такихъ воспитательныхъ обществъ выступаютъ юридическія отношенія въ строгомъ смыслѣ (наслѣдство, церковныя имущества и пр.), во всѣхъ же прочихъ право дѣйствуетъ только отрицательно. Что касается до политической стороны, то право установляетъ предѣлы до-

стиженія цѣли нравственнаго общества, запрещая извѣстныя наказанія родителямъ, ограничивая произволъ церковной власти и проч.

XI. Средину между нравственными и политическими обществами занимаютъ тѣ фактическія соединенія лицъ (общеніе между ними), которымъ придается юридическій характеръ для достиженія извѣстной цѣли. Это суть управляющія общества (административныя), какъ напр. общины, земство, сословія и проч.

Такія общества могутъ не только основываться на фактическомъ общеніи лицъ, но и создаваться во имя опредѣленной цѣли: войско, судебная корпорація, учебныя заведенія относятся къ послѣдней категоріи.

По различію цѣли этихъ нравственно-политическихъ обществъ, ихъ организація имѣетъ болѣе или менѣе строгій юридическій характеръ и оставляется большій или меньшій просторъ нравственному и политическому началу. Такъ напр. тамъ, гдѣ не только цѣль, но и средства къ ея достиженію не зависятъ отъ отдѣльныхъ членовъ, юридическій элементъ долженъ быть преобладающимъ (н. п. въ войскѣ, въ государственныхъ университетахъ); тамъ же, гдѣ общія средства требуютъ личнаго пожертвованія, предоставляется большій просторъ нравственнымъ и политическимъ отношеніямъ между членами.

Во всякомъ случаѣ юридическому опредѣленію подлежатъ предѣлы дѣятельности такихъ обществъ, степень участія каждаго лица въ достиженіи общей задачи и отношеніе къ другимъ членамъ. Только въ юридически-опредѣленныхъ предѣлахъ могутъ прилагаться отношенія нравственныя и политическія: развитіе общества, его движеніе (самоуправленіе) не должно противурѣчить праву; большинство имѣетъ силу только относительно мѣропріятій, согласныхъ съ цѣлью общества, но не можетъ

касаться юридическихъ отношеній между членами. Поэтому никакая фактическая связь (родство) или нравственная (дружба) не должна измѣнять юридическаго положенія членовъ корпораціи; равнымъ образомъ выборное начало корпоративной власти не можетъ имѣть вліянія на сущность и цѣль общества, по скольку онѣ установлены правомъ.

Съ этимъ не должно смѣшивать обязательный надзоръ *корпораціи* за такими дѣйствіями членовъ, которыя не подводятся подъ юридическое опредѣленіе. Такъ напр. у насъ суду общества офицеровъ подлежатъ поступки «несовмѣстные съ понятіями о воинской чести и доблести офицерскаго званія, или изобличающіе въ офицерѣ отсутствіе правилъ нравственности и благородства» (Дисципл. Уст. § 97). Дворянству предоставлено право исключать изъ собраній своихъ дворянина, «котораго явный и безчестный поступокъ всѣмъ извѣстенъ, пока не оправдается.»

Термины для обозначенія хозяйственныхъ и управляющихъ обществъ не установились окончательно. Гегель ввелъ для послѣднихъ названіе «гражданскаго общества», принятое многими. Мишле опредѣляетъ его сущность такъ: это есть общеніе дѣятельности, къ которому отдѣльныя лица побуждаются не слѣпою необходимостью, а сознательно; оно существуетъ лишь потому, что отдѣльныя лица признаютъ его средствомъ для своего благосостоянія. *Michelet*, II. 3. Гельдъ понимаетъ подъ bürgerliche oder sociale Gesellschaft только общеніе матеріяльныхъ интересовъ. Онъ принимаетъ для хозяйственныхъ обществъ терминъ Gemeinschaft (societas), а для прочихъ Gemeinwesen (universitas). *Held*, St. u Ges. I. 110. Штейнъ называетъ хозяйственныя общества Gesellschaften, а управляющія—Vereine. Онъ принимаетъ слѣдующія формы общенія: Vereinigung, абсолютно свободное, стоящее внѣ юридическаго опредѣленія; договоръ; хозяйственное общество; Verein, какъ органъ исполнительной власти въ государствѣ; наконецъ юридическое лицо. *Stein*, Verw. I. 620.

XII. Общество, совмѣщающее въ себѣ всѣ задачи движенія и охраненія, слѣд. юридическую, нравственную и политическую сторону отношеній есть государство.

Оно представляетъ собою органическое цѣлое всей культуры на опредѣленномъ пространствѣ земли: въ немъ фактическое общеніе возводится на степень общества и приводится къ единству все разнообразіе потребностей.

Государство *олицетворяется* въ единой верховной власти, которая основана на фактическомъ началѣ силы (совершившійся фактъ), на нравственномъ повиновеніи (божіею милостью), на политической необходимости единства въ достиженіи цѣли и на юридической преемственности (наслѣдства и избранія).

Отношенія между властью и подданными государства, не теряя своего нравственнаго значенія, имѣютъ юридическій характеръ, по скольку лица имѣютъ свои особые интересы, требующія охраненія. Государство обладаетъ силою (войско) для огражденія лица противъ произвола другихъ лицъ и общественныхъ властей, проявляющихся въ своей исключительности; оно ограждаетъ общества противъ взаимной нетерпимости, поддерживая равновѣсіе между ними и творчество жизненной борьбы. Поэтому право осуществляется по преимуществу въ государствѣ, формулирующемъ и поддерживающемъ его конкретное выраженіе. Законодательство, судъ и войско служатъ государственными средствами для того, чтобы отношенія сдѣлались и оставались юридическими.

Государство далѣе охраняетъ тѣ союзы, въ которыхъ получаютъ приложеніе нравственное развитіе лица (семейство и церковь); оно воспитываетъ своихъ членовъ, поддерживая въ нихъ нравственную силу свободы и постоянно расширяя ея область. Наконецъ государство достигаетъ цѣлей и задачъ культуры въ формѣ прямаго или посредствующаго управленія. Въ немъ возникаютъ и находятъ свое приложеніе политическія отношенія какъ цѣлаго, такъ и отдѣльныхъ сторонъ: государство защи-

щаетъ себя извнѣ и возлагаетъ на отдѣльны общества опредѣленныя задачи, предоставляя имъ достиженіе цѣлей и вызывая самодѣятельность личную.

Во всѣхъ этихъ проявленіяхъ государственной жизни юридическія отношенія занимаютъ весьма важное мѣсто и находятъ себѣ опору и источникъ въ существованіи государства. Никакое другое общеніе не можетъ замѣнить государства или стать наравнѣ съ нимъ въ созданіи и охраненіи права: безгосударное состояніе тождественно съ анархіею и произволомъ; при отсутствіи государственной власти возможны только или чисто-фактическія или чисто-нравственныя отношенія, которыя недостаточны для жизни.

Гельдъ опредѣляетъ государственную власть такимъ образомъ: die natur-und vernunftmässe, sittlich durchgedrungene und mit der höchsten irdischen Macht bekleidete Schöpferfähigkeit. *Held*, St. u Ges. II. 521. — Францъ указываетъ на слѣдующія стороны государства: а) оно есть организмъ, тѣло и какъ таковоо наростаетъ; б) зданіе, мѣсто жительства; в) механическое цѣлое, принуждающее къ общенію; г) лицо, индивидуумъ; наконецъ д) историческое явленіе.

Штейнъ въ слѣдующихъ словахъ изображаетъ нравственную связь лица съ государствомъ. «Общество есть единство отдѣльныхъ лицъ, а потому оно можетъ получить содержаніе только чрезъ передачу ему этими лицами извѣстной части ихъ индивидуальной жизни. Повидимому, здѣсь непримиримое противурѣчіе: лицо приноситъ въ жертву свою самостоятельность для того, чтобы расширить и содѣйствовать самостоятельности другаго существа. Но это противурѣчіе разрѣшается тѣмъ, что пожертвованіе есть непремѣнное условіе личнаго развитія; въ сущности все, что́ отдаетъ человѣкъ, отдаетъ онъ самому себѣ, только чрезъ посредство государства, получающаго отъ него что́-либо. Такъ дѣйствительная жизнь общества разъясняетъ ту кажущуюся тайну, которая возникаетъ изъ тяжелаго для лица противурѣчія между самопожертвованіемъ и самостоятельностью. Нравственная идея, на сколько человѣкъ своимъ умственнымъ окомъ можетъ слѣдить

за ея лучами въ безконечности, состоитъ въ той непреложной истинѣ, что преданность самому себѣ необходимо совпадаетъ съ преданностью другимъ. Въ этомъ заключается послѣднее слово разгадки всякаго противурѣчія на землѣ, кромѣ единственно непримиримаго, существующаго между добромъ и зломъ.» *Stein*, Verwaltungslehre II. 45. — По мнѣнію Мишле, только въ государствѣ общеніе становится цѣлью, а не средствомъ; напротивъ интересы отдѣльныхъ лицъ служатъ средствомъ для государства: послѣднему приносятся въ жертву жизнь и благосостояніе.—Юридическій характеръ отношеній въ государствѣ повелъ къ исключительности; многіе считаютъ государство исключительно-юридическимъ институтомъ (Rechtsstaat). Этотъ взглядъ опровергнутъ Штейномъ (Verw. II. 10 и слѣд.); онъ возникъ случайно между публицистами; цивилисты видятъ въ охраненіи права только главную задачу государства. Ich will nicht den Staat auf die Zwecke des Rechtes beschränken, говоритъ Савиньи (Syst. I. 25): dennoch ist seine erste und unabweislichste Aufgabe die Idee des Rechtes in der sichtbaren Welt herrschend zu machen.

XIII. Но государствомъ не ограничивается и не исчерпывается сфера юридическихъ отношеній. Въ силу природныхъ и нравственныхъ потребностей, между различными государствами существуетъ общеніе, которое выражается съ нравственной стороны во всемъ человѣчествѣ, а съ юридической въ международномъ союзѣ. Въ этомъ союзѣ по преимуществу выступаютъ отношенія политическія, которыя вызываются достиженіемъ цѣлей народнаго развитія въ общей цивилизаціи; но выполненіе подобныхъ задачъ требуетъ также участія права: такъ какъ государства сохраняютъ свою отдѣльность и противуположность, то необходимы юридически опредѣленныя отношенія между ними. И цѣлыя государства, и отдѣльныя лица не ограничиваются пространствомъ; они охраняютъ свои потребности и силы повсюду: хозяйственныя и нравственныя общества образуются помимо государства, общеніе не совпадаетъ съ его границами

(религія, племя), существуютъ интересы всемірной цивилизаціи и нравственности. Поэтому отношенія съ юридическимъ характеромъ возникаютъ и прилагаются въ международной ассоціяціи, обнимающей собою весь образованный міръ. Таковы напр. отношенія между положительными правами разныхъ государствъ (коллизія законовъ), огражденіе государственной территоріи, установленіе общихъ для всѣхъ юридическихъ положеній, правосудіе и проч.

Глазеръ (стр. 54) подводитъ все общеніе подъ три круга: семейной жизни, народной и жизни народовъ. Моль принимаетъ слѣдующія ступени: семейство, племя, общество, государство, союзъ государствъ. Аренсъ перечисляетъ, какъ органическія формы общенія: семейство, общину, народъ, союзъ народовъ и человѣчество. Гельдъ (St. und Ges. I. 110) видитъ въ формахъ общенія соотвѣтствіе основнымъ силамъ и сторонамъ человѣка: вѣрованію, разуму и тѣлесной природѣ; отсюда три вида общества— религіозное, государство и хозяйственное единеніе. — Аустинъ раздѣляетъ всѣ общества на двѣ категоріи: естественное общество (семейство) и политическое (государство). Признакъ послѣдняго слѣдующій: если опредѣленному лицу, имѣющему власть и никому не подчиненному, привыкли повиноваться всѣ члены даннаго общества, то это лицо есть государь, а общество (со включеніемъ государя) есть государство — society political and independent. *Austin.* I. 170. Тоже опредѣленіе даетъ и Бентамъ.

XIV. Такимъ образомъ, на всѣхъ ступеняхъ общественности и культуры юридическія отношенія служатъ необходимымъ ихъ выраженіемъ. По своей опредѣленности, они сознаются прежде нравственныхъ и политическихъ, но въ дѣйствительной жизни существуютъ съ ними одновременно и возникаютъ постоянно силою присущихъ человѣку потребностей.

Общество и принуждающая власть въ немъ составляютъ conditio sine qua non юридическаго характера отношеній: это суть отношенія между лицами чрезъ по-

средство власти общественной. Такое посредствующее значеніе власти выражается или прямымъ ея воздѣйствіемъ, или же установленіемъ обязательныхъ нормъ, которыя ею охраняются. Договоръ, семейство и всѣ хозяйственныя сдѣлки хотя и не вызываютъ прямаго участія власти, но оно всегда существуетъ въ возможности: въ случаѣ спора и сомнѣнія въ юридическомъ характерѣ отношеній, вопросъ рѣшается судомъ, въ которомъ выступаетъ наглядно общественная власть. Для другихъ отношеній необходимо прямое дозволеніе власти (н. п. при установленіи юридическихъ лицъ, при перемѣнѣ подданства),—однимъ словомъ присутствіе власти и юридическій характеръ отношеній условливаютъ другъ друга.

XV. Одни изъ этихъ отношеній суть чисто-юридическія, другія смѣшанныя: первыя опредѣляются правомъ во всѣхъ моментахъ и исключительно (н. п. имущественныя отношенія); смѣшанныя же суть тѣ, которыя охраняются юридически только въ одной изъ своихъ сторонъ, въ остальныхъ же подлежатъ руководству другихъ силъ (н. п. верховная власть становится чисто-юридическою въ моментъ перехода отъ одного лица къ другому, бракъ въ моментъ заключенія и прекращенія). Но и въ строго-юридическихъ отношеніяхъ существуютъ нравственный и политическій элементы: въ договорахъ, въ преступленіяхъ обращается вниманіе на цѣль и намѣреніе, на степень свободы дѣйствующаго, на послѣдствія и причины его дѣйствія и проч. Право отказывается отъ своей логической послѣдовательности (становится incosequentes Recht), въ виду нравственныхъ требованій лица и политическихъ цѣлей общества; оно остается постояннымъ только своей природѣ, охраненію жизненнаго творчества: fiat justitia, ne pereat mundus.

XVI. Существуя совмѣстно съ нравственными и политическими отношеніями, юридическія отношенія имѣютъ самостоятельное бытіе конкретно и въ формѣ понятій. Въ дѣйствительной жизни каждое юридическое отношеніе представляется сложнымъ, то есть оно состоитъ изъ множества фактовъ, имѣющихъ различный характеръ. Такое сложное жизненное отношеніе, въ которомъ нужно отыскать юридическое содержаніе, называется казусомъ, casus juris (Thatbestand). Въ немъ юридическое смѣшивается съ неюридическимъ, существуетъ сцѣпленіе многихъ явленій, какъ входящихъ въ область права, такъ и остающихся внѣ ея; одно или нѣсколько лицъ становятся въ разнообразныя отношенія, измѣняющіяся во времени, въ силѣ, въ значеніи, во взаимной связи, въ послѣдствіяхъ и т. д.

XVII. Все это разнообразіе отношеній отпечатлѣвается въ опредѣленныхъ фактахъ, то есть такихъ явленіяхъ, которыя оставляютъ по себѣ слѣды во внѣшнемъ мірѣ или въ сознаніи человѣческомъ. Факты получаютъ характеръ юридическихъ (factum juridicum, juristische Thatsache), когда они имѣютъ послѣдствіемъ своимъ юридическую связь между лицами; такъ напр. смерть, рожденіе, отсутствіе, давность и проч. суть юридическіе факты, изъ которыхъ могутъ возникнуть различныя юридическія отношенія. Каждый изъ такихъ фактовъ долженъ быть удостовѣренъ (свѣдѣтелями, документами, логическимъ выводомъ), чтобы получить юридическій характеръ; иначе онъ считается не бывшимъ (non avenu) въ области права: non esse et non adparere est idem in jure.

На такіе факты можетъ быть разложенъ всякій самый сложный казусъ, и въ этомъ анализѣ состоитъ одна изъ существенныхъ сторонъ казуистики. Выяснить юридиче-

скіе факты значитъ опредѣлить характеръ послѣдовательно возникавшихъ и смѣнявшихся отношеній между лицами,—опредѣлить «существо дѣла» съ его фактической стороны. Такъ напр. присяжные рѣшаютъ вопросъ о томъ, совершился или несовершился извѣстный юридическій фактъ—воровства, убійства и проч.; постановка вопросовъ представляетъ собою анализъ юридическаго казуса, а потому весьма важно опредѣлить всякій разъ, какіе факты считаются не только юридическими, но и доказанными юридически.

Нейнеръ называетъ казусы *сложными юридическими отношеніями*, «служащими предметомъ судебнаго рѣшенія, въ отличіе отъ другихъ отношеній, которыя составляютъ предметъ юридическаго нормированія.» *Neuner*, 5. — Шталь считаетъ казусы простыми фактами и исключаетъ ихъ изъ категоріи юридическихъ отношеній (II. 294); Пухта напротивъ только казусы признаетъ юридическими отношеніями (Pand. 47). Савиньи отчасти держится того же взгляда: представленный имъ примѣръ *frater a fratre* есть въ сущности казусъ, хотя и напередъ опредѣленный фактически. Нѣтъ сомнѣнія, что казусы слѣдуетъ считать юридическими отношеніями: юридическое содержаніе въ нихъ заключается еще до судебнаго рѣшенія. Что касается до юридическихъ фактовъ, то безъ нихъ не мыслимо конкретное отношеніе. «Юридическое отношеніе, говоритъ Нейнеръ (стр. 12) получаетъ конкретное бытіе черезъ то, что въ жизнь входитъ фактъ, соединяющій опредѣленное лицо съ опредѣленнымъ предметомъ такъ, что эта связь обезпечивается противъ всѣхъ другихъ лицъ.»

XVIII. Юридическимъ отношеніямъ въ ихъ фактической сторонѣ соотвѣтствуютъ таковыя же понятія, подъ которыя они подводятся; всякій казусъ и всякій фактъ находитъ свое опредѣленіе въ правѣ, а потому возможно и необходимо найти ихъ юридическій характеръ: casum ad jus aptare.

Отвлеченныя юридическія отношенія представляются въ двухъ видахъ: какъ простыя и сложныя.

Простыя отношенія суть первыя юридическія понятія, вытекающія изъ необходимости охранить фактическое удовлетвореніе потребностей (см. выше, стр. 107). Они опредѣляютъ извѣстное положеніе лица въ обществѣ, его зависимость и отдѣльность; это суть готовыя формулы, которыя становятся конкретными чрезъ привхожденіе юридическаго факта. Таковы напр. отношенія собственника, мужа, подданнаго, преступника и проч. Съ каждымъ изъ такихъ личныхъ положеній соединяются юридическія послѣдствія, опредѣленная связь лица съ другими лицами; они имѣютъ поэтому характеръ непреложности, и только конкретное выраженіе ихъ можетъ быть измѣнено силою юридическихъ фактовъ. Такъ напр. положеніе кредитора остается всегда одно и тоже, но для даннаго кредитора оно прекращается уплатою денегъ; логически равное себѣ положеніе собственника можетъ измѣниться относительно извѣстнаго лица чрезъ его отказъ и проч.

Простое юридическое отношеніе пріурочивается непремѣнно къ лицамъ: оно всегда есть отношеніе между опредѣленнымъ лицомъ и другими также опредѣленными или неизвѣстными. Примѣромъ перваго можетъ служить положеніе собственника, который одинаково относится ко всѣмъ несобственникамъ; напротивъ, положеніе кредитора имѣетъ силу только относительно должника. Сущность юридическихъ понятій и формулъ зависитъ отъ выраженія жизни, отъ ея силъ, а потому онѣ касаются какъ естественнаго положенія лица, такъ и создаваемаго его волею: нельзя сказать, чтобы простыя юридическія отношенія были исключительно отношеніями одной воли къ другой,—они создаются также естественною необходимостью, помимо личной воли и дѣятельности.

По опредѣленію Варнкёнига (Enc. 64), простое юридическое отношеніе есть отношеніе одной воли къ другой. Пухта видитъ въ нихъ выраженіе юридической свободы, то есть такой, которая принадлежитъ каждому лицу, независимо отъ нравственныхъ его качествъ: это суть отношенія, въ которыя люди становятся какъ лица. *Puchta*, Pand. 47. Противъ этого возражаетъ Францъ, указывая на естественныя силы, которымъ воля подчиняется, а также на общество, которое не вытекаетъ исключительно изъ свободы: die Freiheit nur als ein Streben besteht, nicht als ein Seyn, indem das Seyende nur das Nothwendige ist. *Franz*, CXXIII, 86.

Пухта и Арнтсъ (Pand. 21) называютъ простыя юридическія отношенія правами (Rechte), а вытекающія изъ нихъ права — уполномочіями (Befugnisse). Пейнеръ считаетъ простыя отношенія конкретными, признавая абстрактными только институты. Унгеръ напротивъ только казусы причисляетъ къ конкретнымъ юридическимъ отношеніямъ. *Unger*, I. 213.

XIX. Изъ совокупности простыхъ отношеній, соединенныхъ однимъ понятіемъ, образуются юридическіе институты. Такъ, изъ положенія собственника вырабатывается институтъ собственности, и наоборотъ, въ этомъ институтѣ находитъ свое юридическое основаніе положеніе собственника. Пока не сложилось юридическое понятіе или институтъ, отдѣльныя юридическія положенія лица представляются дробными и случайными; напротивъ изъ институтовъ съ логическою послѣдовательностью вытекаютъ и къ нимъ примыкаютъ простыя отношенія.

Но институты не суть только метафизическія представленія; по выраженію одного писателя (*Ihering*, Geist, II. 387), они суть логическіе индивидуумы, живыя существа. На нихъ отражается все разнообразіе жизни, ея потребности и силы. Поэтому мы замѣчаемъ постоянно, что новыя потребности вызываютъ новые институты, прежде не существовавшіе не только въ дѣйствительности, но и въ понятіи; доказательствомъ могутъ служить институтъ банковъ, акціонерныхъ компаній, конституці-

оннаго представительства и пр. Съ другой стороны одно и тоже понятіе получало въ институтахъ не одинаковое выраженіе: собственность въ Римѣ, въ средніе вѣка, въ новое время имѣла различный характеръ въ смыслѣ института; еще болѣе разнообразія представляетъ институтъ семейства. Однимъ словомъ, существуетъ исторія институтовъ, постоянно провѣряемая жизнью и отвѣчающая ея требованіямъ.

Образецъ такой исторіи институтовъ Римлянъ въ связи съ ихъ культурою представилъ Арнольдъ въ своемъ сочиненіи: Cultur und Recht der Römer, Berl. 1868. — Римляне понимали подъ Institutiones juris отвлеченныя юридическія положенія, безъ казуистики; это были не основныя понятія о правѣ (prima elementa juris), какъ думали нѣкоторые, а полное изложеніе догмы римскаго права. — Институты суть типическія формы, по которымъ слагаются юридическія отношенія. *Warnkönig*, Enc. 63 —Organischen Complex von Rechtsbeziehungen und Rechtssätzen nennt man Rechtsinstitut. *Unger*, I. 213.—Юридическіе институты суть постоянныя установленія, соотвѣтствующія постояннымъ цѣлямъ общества. *Moy de Sons*, I. 45. Данквардтъ видитъ основу каждаго института въ политикоэкономическихъ цѣляхъ. По историческому характеру институтовъ, многіе писатели полагаютъ, что только положительное право даетъ имъ бытіе; но существуютъ институты, имѣющіе характеръ логически и фактически необходимыхъ; обычное право и законъ установляютъ только опредѣленную форму для нихъ. Къ институтамъ прилагаются вполнѣ всѣ общіе признаки юридическихъ отношеній.

XX. По тѣсной связи между всѣми отношеніями и сторонами жизни, юридическіе институты оказываютъ взаимное воздѣйствіе и вліяніе другъ на друга. Какъ понятія, они примыкаютъ къ общему понятію о правѣ; какъ выраженія жизни они стремятся къ единству, такъ что одинъ институтъ вытекаетъ изъ другаго и въ свою очередь отражается на немъ. Такъ напр. въ Римѣ институтъ рабства полагалъ свою печать на институты семей-

ства и собственности; въ средніе вѣка такое же вліяніе имѣлъ феодализмъ и проч. Такое сродство институтовъ служитъ основаніемъ общей системы ихъ, или системы права извѣстнаго народа.

По выраженію Пухты, существуетъ *генеологія* институтовъ; родоначальникомъ ихъ должно считать принципъ права, а родоначальницею жизнь въ ея разнообразіи. *Puchta*, Inst. I. 89.

XXI. Юридическія отношенія, — какъ опредѣляемыя, такъ и опредѣляющія — составляютъ содержаніе права въ объективномъ смыслѣ; формы выраженія жизни становятся предметомъ охраненія со стороны права и въ немъ находятъ свое руководство. Творчество, заявившее себя съ достовѣрностью, становится внѣ случая и произвола; творчеству вѣроятному дается возможность заявить себя: юридически не запрещенное считается дозволеннымъ, а потому предоставляется широкій просторъ для жизни создавать новыя отношенія, выразить разнообразіе своихъ силъ, не нарушая только гармоніи и порядка, на стражѣ которыхъ стоитъ право.

Юридическія отношенія не составляютъ цѣли для самихъ себя; они суть необходимыя формы для раскрытія всѣхъ нравственныхъ силъ лица; они опредѣляютъ его положеніе въ связи съ другими лицами, даютъ ему средства для достиженія тѣхъ цѣлей, для которыхъ необходимо общество, охраняющее и развивающее. Это юридически обезпеченное положеніе лица выражается въ его правахъ и обязанностяхъ, свойства которыхъ зависятъ отъ характера того общенія, въ которомъ лицо находится. Будучи содержаніемъ права въ объективномъ смыслѣ, юридическія отношенія получаютъ въ свою очередь свое юридическое содержаніе въ правахъ и обязанностяхъ.

ГЛАВА XI.

Права и обязанности.

Monnard, Recht und Pflicht. Elberf. 1854. — *Ziebarth*, Die Realexecution und die Obligation. Halle, 1866. — *Trendelenburg*, Naturrecht auf dem Grunde der Ethik. 2-te Aufl. Leipz. 1868.— *Held*, Grundzüge des Allgemeinen Staatsrechts. Leipz. 1868. — *Кавелинъ*, что́ есть гражданское право? Спб. 1864.—*Kierulff*, Theorie des gemeinen Civilrechts. Altona, 1839.—*Schilling*, Lehrbuch des Naturrechts. 2 Bde, Leipz. 1859-63.

I. Изъ признанія творчества человѣческой дѣятельности вытекаетъ необходимость личной власти для выраженія этой дѣятельности. Сила, могущества (мощь, puissance, Macht) составляетъ существенное свойства лица; немощь противурѣчитъ его природѣ, такъ что нельзя представить себѣ человѣка, стоящаго внѣ власти: всѣ люди, призванные къ жизни и дѣятельности, непремѣнно пользуются властью и подчиняются ей. Въ этомъ смыслѣ всякая власть отъ Бога; она есть непреложное условіе лица; его развитіе требуетъ владычества.

Въ своемъ приложеніи человѣческая власть не имѣетъ характера всемогущества. Она находитъ свои предѣлы въ нравственной слабости лица и во внѣшнихъ силахъ, ему противудѣйствующихъ. Въ обществѣ эта власть подвергается различнымъ видоизмѣненіямъ и вліяніямъ, а въ тѣхъ отношеніяхъ, которыя существуютъ между лицами чрезъ посредство общества, она опредѣляется юридически.

Власть, охраняемая лицу въ обществѣ, есть право въ субъективномъ смыслѣ (Berechtigung, Befugniss), или юридическая власть.

Юридическая власть отличается отъ всѣхъ другихъ (нравственныхъ, естественныхъ) тѣмъ, что она касается непремѣнно отношеній между лицами — termini juris—и имѣетъ опредѣленное содержаніе и объемъ. Поэтому власть человѣка надъ самимъ собою или надъ природою не входитъ въ область права, точно такъже, какъ вліяніе, авторитетъ, и проч., не имѣющіе характера принудительности. Съ другой стороны содержаніемъ юридической власти служитъ непремѣнно удовлетвореніе потребностей, свойствомъ которыхъ опредѣляется значеніе самой власти. Нельзя представить себѣ безпредметнаго права: общество охраняетъ лицу пользованіе чѣмъ-либо по отношенію къ другимъ лицамъ.

> Въ этомъ смыслѣ опредѣляетъ права Іерингъ (Geist, III. 314, 327): Recht ist die rechtliche Sicherheit des Genusses. Berechtigt ist nicht wer das *Wollen*, sondern den *Genuss* beanspruchen kann.—Erworbenes Vermögen des Gebrauches. *Chalybäus*, I. 303.—Право есть внѣшняя сила, себя сознающая и дѣйствующая; возможность бытія принадлежитъ и растенію, но право предполагаетъ сознаніе о себѣ, какъ о власти. *Hassner*, 43.

II. Поэтому въ каждомъ правѣ заключается сумма удовлетвореній или пользованій и сумма требованій (prétentions, Ansprüche) лица отъ другихъ лицъ.

Пользованіе зависитъ отъ фактическихъ и другихъ условій и представляетъ собою quaestio facti. Въ удовлетвореніи своихъ потребностей лицо слѣдуетъ руководству нравственности и политики: кредиторъ изъ человѣколюбія можетъ не требовать уплаты долга, собственникъ отказывается отъ своего имущества, государство не требуетъ налоговъ и проч. Право существуетъ, хотя бы и не

было пользованія по отсутствію предмета, на которомъ это пользованіе выражается, напр. по несостоятельности кредитора, по недостатку имущества. Необходимымъ же условіемъ бытія права служатъ требованія: какъ скоро и пока лицо можетъ требовать содѣйствія другихъ лицъ къ удовлетворенію своихъ потребностей или же невмѣшательства ихъ, — это лицо имѣетъ право. Точно также наоборотъ: гдѣ есть право, тамъ должно быть требованіе; ubi jus non deest, nec actio deesse debet. Только безъ требованія право становится nudum jus, лишается своего содержанія и юридической силы, и отношеніе входитъ въ область нравственности или факта; такъ напр. изъ безформеннаго договора не вытекаетъ никакого требованія: ex nudo pacto actio non oritur.

Слѣд. юридическая власть состоитъ въ *опредѣленныхъ требованіяхъ одного лица отъ другихъ.*

III. Эти требованія представляютъ собою опредѣленную величину, которая способна къ измѣненіямъ и можетъ быть раздѣлена на свои составныя части. По характеру требованій, эти части имѣютъ самостоятельное и несамостоятельное бытіе. Такъ напр. право собственности разлагается на отдѣльныя права владѣнія, пользованія и распоряженія; напротивъ право залога не можетъ быть отдѣлено отъ требованія уплаты долга; право семейное вовсе не раздѣляется, а существуетъ въ цѣломъ составѣ. Далѣе, одинаковыя по существу требованія могутъ измѣняться въ объемѣ пользованія: присоединеніе новыхъ совладѣльцевъ не измѣняетъ качества власти, но касается только размѣра пользованіе. Наконецъ по способу удовлетворенія потребностей, требованія могутъ быть положительныя и отрицательныя: лицо получаетъ власть на содѣйствіе другихъ лицъ и на участіе

въ достиженіи чужихъ цѣлей, или же на собственное бездѣйствіе и невмѣшательство со стороны другихъ. Въ первомъ случаѣ требованія суть положительныя, во второмъ отрицательныя: права и вольности. Въ тѣхъ и другихъ величина или предметъ требованій состоитъ въ дѣйствіяхъ опредѣленнаго количества и свойства.

Данквардтъ (Studien, 148) указываетъ на приложеніе математики къ праву. Въ положеніи nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet онъ видитъ математическую формулу a=a; аксіома о томъ, что цѣлое больше части получаетъ такое юридическое выраженіе: non debet, cui plus licet, quod minus est non licere. — По свойству дѣйствій, составляющихъ предметъ юридической власти, права подводятся подъ двѣ категоріи: jura affirmativa, т. е. полномочіе къ дѣйствію, и jura negativa или власть не дѣлать чего-либо.

IV. Права, какъ юридическія величины, выражаются въ суммѣ требованій лица. Но они представляются также величинами фактическими и осуществляются на извѣстномъ объектѣ, то есть на тѣхъ предметахъ, которые составляютъ блага. Эти блага могутъ быть двоякаго рода: одни изъ нихъ заключаются внѣ лица и составляютъ средства удовлетворенія, другія заключаются въ самомъ удовлетвореніи. Поэтому требованія, составляющія содержаніе юридической власти, относятся или къ средствамъ удовлетворенія, или же къ его сущности; лицо получаетъ власть на невмѣшательство въ пользованіи извѣстными средствами, а также на доставленіе этихъ средствъ; или же такое невмѣшательство касается выраженія собственныхъ силъ лица и его воздѣйствія на другихъ.

На этомъ различіи основывается раздѣленіе правъ на имущественныя и личныя.

Имущественныя права суть тѣ, которыя состоятъ въ требованіяхъ лица, чтобы другіе не вмѣшивались въ его пользованіе средствами внѣшней природы или до-

ставляли эти средства. Таковы напр. право на вещи, право государства на взиманіе налоговъ, требованіе передачи вещей и пр.

Личныя права заключаютъ въ себѣ власть охранять и направлять свои и чужія потребности; напр. право на честь, на подачу голоса, на вступленіе въ бракъ, отеческая власть и проч. Личный характеръ этихъ властей высказывается въ томъ, что онѣ тѣсно связаны съ положеніемъ лица, а потому непередаваемы. Это суть выраженія личныхъ силъ въ ихъ постоянномъ движеніи, не имѣющія характера совершившихся фактовъ, а потому сохраняющія всегда нравственное значеніе. Личныя и имущественныя права нерѣдко условливаютъ другъ друга и находятся въ неразрывной связи между собою: съ служебнымъ правомъ давать приказанія соединяется право на жалованье, и наоборотъ, право участія въ общественныхъ дѣлахъ основывается на цензѣ или на владѣніи имуществомъ и проч. Тѣмъ не менѣе въ каждомъ данномъ случаѣ можно различить обѣ категоріи правъ; напр. съ передачею авторскаго права, къ пріобрѣтателю его переходятъ только имущественныя выгоды; привилегіи изобрѣтателей могутъ быть отчуждаемы, лишь по скольку въ нихъ заключается имущественное право.

Имущественныя права (отношенія по имуществу) имѣютъ всегда строго-юридическій характеръ, тогда какъ личныя власти заключаютъ въ себѣ элементъ нравственный.—Примѣръ различія имущественныхъ и личныхъ правъ представляетъ наслѣдство. Многіе считаютъ его личнымъ правомъ — das Recht Erbe zu sein. Такъ было дѣйствительно у Римлянъ; у новыхъ же народовъ наслѣдство есть только имущественное право. Личныя права не должно ограничивать правами личности—Persönlichkeits Rechte. *Schilling, Neuner,* 15. Они не тождественны также съ прирожденными правами, а могутъ быть пріобрѣтаемы, какъ напр. всѣ общественныя власти.

V. Изъ понятія о требованіи вытекаетъ съ логическою необходимостью понятіе объ удовлетвореніи или исполненіи (Leistung). Такое исполненіе требованія, заключающагося въ правѣ, есть юридическая обязанность (Pflicht, Verbindlichkeit, duty, obligation).

Соотвѣтственно правамъ, обязанности состоятъ также въ положительныхъ и отрицательныхъ дѣйствіяхъ: лицо или помогаетъ другому въ удовлетвореніи его потребностей, или же не вмѣшивается въ это удовлетвореніе; слѣд. обязанность имѣетъ предметомъ своимъ также дѣйствія.

Юридическая обязанность существенно отличается отъ другихъ обязанностей, подобно тому, какъ юридическая власть не совпадаетъ съ остальными властями. Эта обязанность относится непремѣнно къ другимъ лицамъ: къ Богу и къ самому себѣ лицо можетъ быть обязано только нравственно. Какъ опредѣленная величина, юридическое исполненіе должно исчерпать вполнѣ требованіе; поэтому только количественно возможенъ различный размѣръ исполненія, качественно же никакія градаціи здѣсь немыслимы: обязанность или выполнена, или невыполнена, то есть она математически совпадаетъ или не совпадаетъ съ требованіемъ. Поэтому также всѣ юридическія обязанности суть совершенныя: онѣ или существуютъ, или несуществуютъ, и въ послѣднемъ случаѣ не можетъ быть рѣчи о принужденіи.

Слово Pflicht производятъ отъ pflegen. Римляне употребляли слова officium и obligatio, но послѣднее относилось къ обязательствамъ: donatio inofficiosa былъ договоръ, несогласный съ обязанностью. Въ новыхъ языкахъ office означаетъ обязанность политическую, офиціальную. По мнѣнію Унгера, у Римлянъ первоначально obligatio имѣло тождественное значеніе съ officium: obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendae secundum nostrae civitatis leges. *Unger*, I. 541. —

Въ римскомъ опредѣленіи выражено ясно, что предметъ обязанности состоитъ въ дѣйствіи, исполненіи (solutio). Die Handlung ist ihr Inhalt, weil sie das ist, was erzwungen wird. *Ziebarth*, 38. Аустинъ признаетъ предметомъ обязанности исполненіе только того, что́ явно или молчаливо предписано главою общества *Austin*, II. 78.

VI. Между правами и обязанностями существуетъ тѣсная связь: jus et obligatio sunt correlata; jus sine obligatione non intelligitur. Юридическая власть не имѣла бы никакого значенія, еслибъ она на была признаваема другими лицами въ мѣрѣ данной власти. Обязанностями опредѣляются права и наоборотъ; тѣ и другія возникаютъ одновременно, и соотвѣтствіе между ними не нарушается никогда: силою правъ лицо несетъ обязанности и въ силу обязанностей получаетъ права.

Такое равновѣсіе есть требованіе справедливости и жизни. Оно охраняется во всѣхъ общественныхъ отношеніяхъ лица. Присвоеніе правъ и освобожденіе отъ обязанностей было бы не только нравственнымъ, но и юридическимъ противурѣчіемъ. Несогласно съ справедливостью давать права и вольности такимъ лицамъ, которыя неспособны исполнить соотвѣтствующихъ обязанностей, какъ напр. предоставить политическія права женщинамъ, малолѣтнимъ, всѣмъ гражданамъ безъ различія; точно такъ же несправедливо возлагать обязанности, не давая правъ: требуя уплаты налоговъ или личной службы, государство должно давать право участія въ общихъ дѣлахъ. Тамъ, гдѣ отношенія между лицами установляются по добровольному соглашенію между ними, обѣ стороны заботятся о равновѣсіи права и обязанностей, и какъ скоро это равновѣсіе нарушено явно, оно возстановляется закономъ (want of consideration въ англійскомъ правѣ). Но въ основѣ всѣхъ институтовъ, ко-

торыхъ форма охраняется юридически, лежитъ всегда соотвѣтствіе правъ и обязанностей.

Это соотвѣтствіе имѣетъ еще и другой болѣе высокій смыслъ. Обязанность есть также сила лица, его сознаніе о творчествѣ, о нравственной мощи. Исполненіе долга возвышаетъ человѣка до истинной свободы; самообладаніе, собираніе себя, твердое руководство служатъ признаками зрѣлыхъ силъ. Кто не способенъ исполнять обязанностей, тотъ не способенъ пользоваться правами, предъявлять требованія. Чувство законности тѣсно связано съ чувствомъ чести и служитъ залогомъ и условіемъ развитія личнаго и общественнаго: народы, крѣпкіе силами и твердо идущіе по пути улучшеній, постоянно опираются на законность и только на ней воспитываются къ свободѣ. Уклоненіе отъ обязанностей, неспособность къ отвѣтственности служатъ печальными признаками слабости, распущенности и неразвитости; они совпадаютъ всегда съ отсутствіемъ увѣренности въ прочности правъ. Поэтому истинное движеніе общества совершается въ двоякомъ направленіи: сознаніе объ обязанности требуетъ, чтобы всѣ лица получали права, и только съ расширеніемъ послѣднихъ можетъ укорениться понятіе объ отвѣтственности, какъ о личной силѣ; безправные и немощные ничего не создаютъ и ни за что не отвѣчаютъ; человѣкъ растетъ лишь при совмѣстномъ воздѣйствіи на него правъ и обязанностей; гдѣ нарушено равновѣсіе между ними, тамъ жизнь предоставляется случайности, и мѣсто спокойнаго движенія заступаютъ насильственные перевороты, вмѣсто творчества является разрушеніе. Соціальная борьба, какъ непреложный фактъ, можетъ сдѣлаться плодотворною только подъ условіемъ равновѣсія правъ и обязанностей: господствующіе классы не только имѣютъ власть, но и служатъ другимъ въ мѣрѣ своего господства.

Aus jeder Pflicht fliesst ein Recht—das Recht die Pflicht erfüllen zu dürfen—mit derselben logischen Kraft, wie aus dem Nothwendigen das Mögliche folgt. *Trendelenburg*, Naturr. 80 — «Правда, говоритъ Аристъ, на обыкновенномъ языкѣ подъ правомъ разумѣется исключительно притязаніе, и оно противуполагается обязанности. Но съ правомъ соединяется всегда обязанность, и наоборотъ. Эта истина признается отчасти въ положительныхъ законодательствахъ. Кто долженъ исполнить обязанность, тотъ можетъ требовать, чтобъ ему не запрещали такого исполненія: должникъ, предлагая уплату, въ правѣ требовать освобожденія отъ обязательства; отказъ кредитора былъ бы нарушеніями права. Лицо можетъ требовать отъ общества средствъ для умственнаго развитія и извѣстнаго образованія: съ своей стороны общество можетъ требовать, чтобы всѣ получили образованіе, такъ какъ его отсутствіе опасно для общества и дѣлаетъ лицо неспособнымъ къ исполненію обязанностей. Право на обученіе заключаетъ слѣд. въ себѣ обязанность учиться, и обязательное ученіе есть одно изъ тѣхъ плодотворныхъ началъ, которое должно быть прилагаемо всѣми государствами: иначе остаются не обезпеченными существенныя условія умственной и нравственной жизни. То же должно сказать обо всѣхъ обязанностяхъ. Въ правѣ, какъ и въ жизни, всѣ члены общества тѣсно связаны между собою; каждый изъ нихъ заинтересованъ въ томъ, чтобы прилагалась власть, данная лицу, чтобы право не оставалось безъ пользованія: иначе законныя требованія другихъ лицъ подвергнутся нарушенію. Всѣ начинаютъ сознавать, что политическія права суть въ то же время обязанности и должны быть прилагаемы въ интересахъ общественныхъ: избиратель, не участвующій въ выборахъ, на которыя имѣетъ право, поступаетъ вопреки своей обязанности, потому что цѣль даннаго ему права, т. е. удостовѣреніе въ общественномъ мнѣніи, остается недостигнутою. Нельзя не пожелать, чтобы и въ сознаніи, и въ положительномъ правѣ яснѣе и глубже проникала мысль о сродствѣ между двумя субъективными сторонами права.» *Ahrens*, Cours, I. 199.

VII. Началу равновѣсія между правами и обязанностями не противурѣчатъ безусловно и по существу своему привилегіи или особыя права, необходимыя для выраженія справедливости.

Онѣ состоятъ или въ исключительной власти (Autorisationen), или въ исключительныхъ вольностяхъ (Dispensationen). Въ томъ и другомъ случаѣ привилегіи основаны на удовлетвореніи какой-либо потребности общественной, а потому не имѣютъ характера случайнаго: таковы напр. привилегіи фактическаго владѣльца (melior est conditio possidentis), малолѣтняго, отца, государственной должности и проч. Общество не можетъ возложить на всѣхъ равную отвѣтственность, оно обязано охранять спокойствіе каждаго, помогать физическому безсилію и т. п. Эта обязанность общества восполняется или уравновѣшивается тѣми правами, которыя получаетъ оно: установляя привилегіи извѣстнаго класса, оно можетъ требовать отъ него исполненія особыхъ обязанностей, какъ напр. службы, образованія, участія въ достиженіи общественныхъ цѣлей и проч.; только такое исполненіе обязанностей ставитъ лицо въ уровень съ его особенными правами.

Исключительное положеніе лица соединяется для него всегда съ равносильными обязанностями и съ отвѣтственностью.

При этомъ равновѣсіе можетъ быть достигнута двоякимъ образомъ, согласно двоякому характеру привилегій. Такъ, въ тѣхъ привилегіяхъ, которыя существуютъ для удовлетворенія личныхъ цѣлей, можно отказаться отъ обязанностей, отказавшись отъ правъ; къ нимъ прилагается правило: invito beneficium non datur. Поэтому напр. никого нельзя принудить къ принятію дара; всякій можетъ отказаться отъ привилегіи давности. Но сословныя привилегіи не зависятъ отъ лица, онѣ вытекаютъ изъ особыхъ отношеній жизни, и облеченный ими долженъ исполнять соотвѣтствующія обязанности, до тѣхъ поръ, пока законъ не сниметъ ихъ вмѣстѣ съ привилегіями.

Для совершеннаго и всесторонняго равновѣсія правъ съ обязанностями, еслибъ оно было нарушено въ строго-юридической формѣ, лицу открывается область справедливости (aequitas): это общая привилегія, доступная всѣмъ и каждому. Не довольствуясь формальнымъ исполненіемъ обязанности, лицо старается сдѣлать что-либо бо́льшее, въ размѣрѣ полученной имъ власти: выгоду отъ договора оно дѣлитъ съ тѣмъ, кто далъ средства получить ее; политическія привилегіи уравновѣшиваются содѣйствіемъ и помощью тѣмъ, кто лишенъ этихъ привилегій (н. п. въ Англіи аристократія добровольно принимаетъ на себя многія обязанности). Нравственность требуетъ не только добросовѣстнаго исполненія обязанностей, но также добросовѣстнаго пользованія правами; мѣрою того и другаго служитъ равенство, которое имѣетъ двѣ стороны: формальную или легальную, которая ограничивается строгимъ правомъ, и внутреннюю, которая указывается правдивостью и честностью. Только послѣдняя даетъ истинный смыслъ привилегіямъ, какъ юридическимъ, такъ и фактическимъ, и восполняетъ внѣшнее противурѣчіе, которое вызывается ими; только нравственныя силы привилегированныхъ лицъ устраняютъ протестъ противъ нихъ, неизбѣжный съ точки зрѣнія формальнаго права.

VIII. Права и обязанности существуютъ только по отношенію къ лицамъ, а потому онѣ всегда относительны. Но связь требованія и удовлетворенія можетъ существовать между лицами опредѣленными, или же между извѣстнымъ лицомъ и всѣми другими членами общества. Послѣднія требованія носятъ названіе абсолютныхъ: facultas personae competens sine respectu ad certam personam. Такъ напр. право собственника есть абсо-

лютное, по скольку ему обезпечено пользованіе имуществомъ и невмѣшательство всѣхъ другихъ лицъ въ это пользованіе; на каждомъ лицѣ лежитъ абсолютная обязанность уваженія къ другимъ и содѣйствія обществу въ достиженіи его цѣлей (налоги, конскрипція). Напротивъ, требованіе уплаты долга можетъ быть обращено только на должника, вознаградить за убытки обязанъ только тотъ, кто причинилъ ихъ и проч. Это суть требованія относительныя: facultas personae competens in certam personam.

Впрочемъ абсолютныя права и обязанности въ своемъ конкретномъ приложеніи или въ опредѣленный моментъ своего бытія получаютъхарактеръ относительный: требованія обращаются не на безразличную массу лицъ, а на того, кто долженъ удовлетворить существующему притязанію, н. п. на завладѣвшаго чужою собственностью, на клеветника и проч. Нельзя представить себѣ безличнаго требованія и удовлетворенія. Даже въ тѣхъ случаяхъ, когда повидимому нѣтъ лица, которое облечено конкретною властью, такимъ лицомъ является общество; такъ напр. ему обязаны лица неоскорблять религіи и нравственности, оно можетъ требовать наказанія убійцы, хотя бы объ этомъ никто не просилъ, и проч.

Der materielle Rechtsanspruch ist das Recht in seiner Richtung auf eine bestimmte Person. *Unger*, II. 325. I. 504. Аустинъ даетъ иное значеніе абсолютнымъ и относительнымъ обязанностямъ: послѣднія суть тѣ, которыя соотвѣтствуютъ правамъ и лежатъ только на опредѣленныхъ лицахъ; абсолютныя же обязанности не имѣютъ соотвѣтствующаго права, какъ напр. обязанности къ самому себѣ и къ человѣку вообще: нарушеніе ихъ есть преступленіе—offences against the king. *Austin*, II. 67. Бентамъ считаетъ всѣ юридическія обязанности относительными и подъ категорію абсолютныхъ подводитъ только религіозныя и нравственныя. Варнкёнигъ абсолютными называетъ тѣ обязанности, которыя лежатъ

на всѣхъ лицахъ по отношенію къ тому, кто имѣетъ власть. — Всѣ вещныя права суть абсолютныя, но не наоборотъ: отеческая власть абсолютная, но не вещная. *Unger*, I. 512.

IX. Какъ абсолютныя, такъ и относительныя права и обязанности различаются по тому, касаются ли они средствъ для удовлетворенія потребностей лица, или же самаго существа потребностей, то есть, имѣютъ ли они имущественный или личный характеръ.

Имущественное право въ своемъ абсолютномъ выраженіи есть вещное право, jus in rem, real rights. Оно состоитъ въ требованіи лица, чтобы никто не препятствовалъ удовлетворенію его потребностей посредствомъ опредѣленнаго имущества. Поэтому вещныя обязанности суть всегда отрицательныя, и имѣющій право становится въ непосредственную связь съ имуществомъ: отрицая всякое постороннее воздѣйствіе, лицо получаетъ юридически безграничную власть.

Вещныя права представляются въ двухъ видахъ, смотря потому, вся ли субстанція вещи или только одна изъ служебныхъ сторонъ ея становится предметомъ воздѣйствія лица. Въ первомъ случаѣ лицо имѣетъ право на собственную вещь, собственность, jus in re propria, in re potestas; во второмъ право на чужую вещь, повинность, jus in re aliena. Оба эти права одинаково абсолютны, и обязанности, основанныя на нихъ, состоятъ въ отрицательныхъ дѣйствіяхъ: фактическое удовлетвореніе зависитъ отъ физическаго и юридическаго существованія опредѣленной вещи (исчезновеніе или изъятіе изъ гражданскаго оборота). Такъ напр. изъ права въѣзда въ лѣсъ, выгона и т. п. не вытекаетъ никакого требованія положительныхъ дѣйствій, но оно налагаетъ обязанность не препятствовать удовлетворенію посредствомъ извѣстной служебной стороны вещи.

Въ теоріи причисляются къ вещнымъ правамъ не всегда одни и тѣ же отношенія. Нѣкоторые признаютъ только одинъ видъ ихъ—право собственности; другіе три вида—собственность, повинности и залогъ; иные присоединяютъ еще наслѣдство; наконецъ немногіе принимаютъ сверхъ того пятый видъ — jus in re nullius. — Нейнеръ опредѣляетъ вещное право такъ: это есть имущественное право, содержаніе котораго осуществляется непосредственно надъ вещью. *Neuner*, 53. Тоже *Unger*, I. 515: unmittelbare rechtliche Herrschaft über eine körperliche Sache.—Повинности разумѣются здѣсь только имущественныя. Размѣръ отрицательныхъ дѣйствій, соединенныхъ съ ними, можетъ быть чрезвычайно великъ; примѣромъ служитъ у насъ указъ 1866 года (24 ноября) о владѣнныхъ записяхъ государственнымъ крестьянамъ: имъ предоставляется все право пользованія, и только при продажѣ земель вырученныя деньги обращаются въ казну. Въ Англіи право собственности государства выражается только въ правѣ короны на всѣ минералы, находимыя на земляхъ частныхъ владѣльцевъ. У насъ слово «повинности» относятся къ положительнымъ дѣйствіямъ; для выраженія же jura in re aliena употребляется слово «право участія».

X. Личныя абсолютныя права состоятъ въ правѣ личности. Они выражаются всегда въ требованіи отрицательныхъ дѣйствій со стороны всѣхъ другихъ лицъ, и сосредоточиваются главнымъ образомъ въ двухъ основныхъ потребностяхъ: сомоохраненія и саморазвитія. Такъ напр. каждое лицо можетъ требовать, чтобы не совершались дѣйствія, нарушающія его честь, доброе имя, неприкосновенность; право войны для государства, самооборона для частныхъ лицъ относятся къ этой категоріи. Положительныя дѣйствія, удовлетвореніе, вообще помощь не входятъ въ область абсолютныхъ правъ, но существуетъ обязанность признавать потребность лица и не вмѣшиваться въ ея существо, юридически охраняемое.

Unter dem Rechte der Persönlichkeit verstehen wir das Recht der Person sich selbst Zweck zu sein, sich als Selbstzweck zu behaupten und zu entfalten. *Neuner*, 15. Въ нашемъ Уложеніи о Наказ. постановлены взысканія за неоказаніе помощи лицу, на-

ходящемуся въ опасности; но онѣ не имѣютъ строго-юридическаго характера.

XI. Относительныя имущественныя права и обязанности, jura ad rem, состоятъ въ требованіи извѣстныхъ положительныхъ дѣйствій отъ опредѣленныхъ лицъ. Сюда относятся: финансовое права государства, семейныя права по имуществу, договоры и наслѣдство.

Государство требуетъ доставленія имущественныхъ средствъ для удовлетворенія своихъ потребностей въ формѣ налоговъ, пошлинъ и т. п. со стороны своихъ членовъ или тѣхъ лицъ, которыя пользуются его учрежденіями. Это право есть относительное, вытекающее не изъ права собственности надъ территоріею, а изъ тѣхъ задачъ, которыя государство должно выполнить въ интересахъ своихъ членовъ; съ своей стороны подданные обязаны содѣйствовать своимъ имуществомъ къ выполненію этихъ задачъ, платить налоги, давать положительныя средства удовлетворенія. Равнымъ образомъ мужъ или отецъ обязанъ давать содержаніе женѣ и дѣтямъ вслѣдствіе своего личнаго отношенія къ нимъ и въ силу семейной связи.

Договоръ есть соглашеніе лицъ, изъ котораго вытекаетъ требованіе одной стороны на положительныя дѣйствія другой. Кредиторъ имѣетъ власть не на самое имущество должника, а на полученіе его, вообще на имущественное дѣйствіе (dare, facere, praestare), такъ что съ исполненіемъ дѣйствія прекращается и требованіе. Тоже самое обязательство возникаетъ изъ нарушенія чужихъ правъ (obligatio ex delicto), изъ процесса и т. п.: вслѣдствіе особыхъ отношеній между лицами, одно изъ нихъ обязано вознаградить другаго за убытки, издержки и т. п. Наконецъ право наслѣдства есть требованіе имущества, принадлежавшаго умершему, который находился въ род-

ствѣ съ лицомъ требующимъ: это также имущественное относительное право, мѣсто котораго можетъ занять выморочное право государства, когда нѣтъ лицъ, стоящихъ въ родственномъ отношеніи къ умершему.

Терминъ jus ad rem введенъ канонистами. По выраженію Аустина, въ этомъ правѣ заключается jus in personam ad jus in rem acquirendam. *Austin*, II. 40. Договорное право называютъ persönliches Sachenrecht. Права государства получаютъ абсолютный характеръ въ томъ смыслѣ, что они распространяются на всѣхъ подданныхъ; тѣмъ не менѣе финансовая власть относительна, по скольку на каждое лицо падаетъ обязанность, выполняемая имъ отдѣльно отъ другихъ.

XII. Личныя относительныя права выражаются въ направленіи другихъ лицъ, въ установленіи ихъ потребностей, вообще во власти надъ лицами. Сюда относятся семейная власть, государственныя функціи наказанія, приказанія, служенія и проч. Отдѣльное лицо или государство требуетъ исполненія того, что удовлетворяетъ ихъ потребностямъ, хотя и не имѣетъ характера имущественной цѣнности. Поэтому право участвовать въ управленіи общественномъ, обязанность служить обществу, обязанность отца семейства воспитывать дѣтей и право дѣтей на воспитаніе относятся къ категоріи такихъ относительныхъ правъ, хотя иногда ихъ личный характеръ можетъ быть превращенъ въ имущественный: напр. вмѣсто личной рекрутской повинности можетъ быть назначенъ денежный взносъ и проч.

Таковы различные виды правъ, содержаніе которыхъ всегда одно и тоже: требованіе опредѣленныхъ дѣйствій положительныхъ и отрицательныхъ. Изъ природы этихъ дѣйствій вытекаетъ ограниченность правъ относительныхъ и безпредѣльность абсолютныхъ правъ: всякое вмѣшательство въ чужую собственность, всякое оскорбленіе чести есть нарушеніе цѣлаго права и различается

только по величинѣ объекта, но не по существу своему, которое остается неизмѣнномъ.

XIII. По природѣ и значенію потребностей, для удовлетворенія которыхъ существуетъ юридическая власть, права и обязанности получаютъ различный характеръ.

Такъ, одни потребности суть чисто-частныя, и, удовлетворяя имъ, лицо выражаетъ свою отдѣльность и противуположность съ другими лицами. Эти потребности въ нравственной области соотвѣтствуютъ руководящей силѣ труда, а въ юридической составляютъ содержаніе частныхъ правъ или властей. Другія требованія получаетъ лицо для достиженія цѣлей общества; юридическая власть, основанная на нихъ, есть общественная или государственная и соотвѣтствуетъ въ нравственной области силамъ общенія и справедливости.

Въ обоихъ своихъ выраженіяхъ права принадлежатъ лицу: omnia jura hominum causa constituta sunt. Но требованія частной власти касаются личнаго удовлетворенія, требованія же власти общественной относятся къ охраненію цѣлаго. Формально обѣ власти одинаковы, но матеріяльное содержаніе ихъ различно: въ частныхъ правахъ удовлетвореніе можетъ быть отдѣлено отъ требованія и не существовать вовсе, оно имѣетъ фактическій характеръ; содержаніе государственныхъ правъ должно осуществляться непремѣнно (политическія права суть вмѣстѣ обязанности). Отношенія между властями частными есть отношеніе равенства и противуположности; государственныя власти представляютъ собою единство и не могутъ быть выдѣлены изъ цѣлаго организма. Такъ напр. государство въ значеніи собственника (казна) стоитъ отдѣльно отъ частнаго лица, между ними возможно противуположеніе и споръ; государство же, какъ сила,

охраняющая своихъ членовъ, не становится никогда въ противурѣчіе съ лицомъ: ихъ интересы не могутъ быть выдѣлены и юридически споръ между ними немыслимъ.

Различіе властей не есть произвольное, а зависитъ отъ сущности потребностей. Извращеніе и смѣшеніе ихъ несогласно съ творчествомъ силъ жизни и ея формъ зависимости и отдѣльности. Такъ напр. взглядъ на государство какъ на собственность, на общественную должность, какъ на кормленіе, ставитъ государя или правителя въ противуположность съ государствомъ; наоборотъ, признаніе собственности государственною смѣшиваетъ потребности, по существу своему различныя; точно также несогласно съ сущностью договоровъ придавать имъ политическій характеръ, или государство основывать на договорѣ.

> Человѣкъ не можетъ изолироваться въ тѣхъ отношеніяхъ, которыя по естественному и нравственному началу суть общественныя, или наоборотъ, сдѣлать общимъ то, что́ по природѣ своей есть чисто-личное. *Held*, St. und Ges. I. 244.

XIV. Обѣ власти, въ существѣ своемъ различныя, не находятся однако въ непримиримомъ противурѣчіи; онѣ совмѣщаются на одномъ лицѣ и взаимно дополняютъ другъ друга. Какъ нельзя представить себѣ лицо безъ частной власти, такъ немыслимо оно и безъ политическихъ правъ: каждый членъ общества призывается къ удовлетворенію общественныхъ цѣлей и можетъ требовать, чтобъ онѣ удовлетворялись. Общество не подавляетъ личной дѣятельности, но возбуждаетъ ее. Трудъ не можетъ существовать безъ охраненія и общенія, и наоборотъ, безъ энергическаго труда отдѣльныхъ лицъ общества превратилось бы въ отвлеченное или механическое единство. Поэтому частная и общественная власти одновременны по происхожденію и равно необходимы.

Частная власть имѣетъ основаніемъ своимъ обезпеченный трудъ, она простирается на всѣ средства удовлетворенія, которыя созданы или пріобрѣтены лицомъ. Это есть собственность въ обширномъ смыслѣ, право на достояніе или имущество, вообще требованіе чужаго невмѣшательства или содѣйствія. Эта власть не измѣняетъ своего характера и въ хозяйственномъ общеніи, въ которое лицо вступаетъ для большей энергіи своего труда, сохраняя однако свои отдѣльные интересы. Наконецъ она существуетъ совмѣстно съ политическою властью во всѣхъ сторонахъ, въ которыхъ выступаетъ юридическая оцѣнка труда; такъ напр. право на полученіе жалованья есть частное право, хотя оно соединено съ государственною службою; семейная власть есть также частная: въ ней выражается ассоціація труда, хотя и видоизмѣненная нравственнымъ началомъ.

Государственныя или политическія права имѣютъ предметомъ своимъ требованія справедливости и охраненія цѣлаго. Поэтому судъ, наказаніе, установленіе юридическихъ нормъ, управленіе или удовлетвореніе потребностей цѣлаго составляютъ содержаніе политической власти: здѣсь личный интересъ не существуетъ внѣ общаго, они сливаются другъ съ другомъ. Такъ напр. общество хозяйственное есть только сумма частныхъ властей, которыя могутъ быть выдѣлены; общество же административное или политическое не есть только сопоставленіе отдѣльныхъ лицъ и ихъ интересовъ; оно имѣетъ свои потребности, не исчерпывается удовлетвореніемъ только наличныхъ членовъ своихъ, а охраняетъ постоянно свою цѣль.

Отличіе государственныхъ и гражданскихъ правъ составляетъ одинъ изъ трудныхъ вопросовъ юридической догматики.—Область частнаго права, говоритъ Гельдъ, теоретически можетъ быть

отдѣлена отъ области государственнаго лишь въ той мѣрѣ, въ какой это отдѣленіе совершено законами государства. Иначе предстоитъ опасность, что государство поглотитъ собою личную свободу или что государственное получитъ характеръ частнаго. *Held*, Grundz. 289.—Общій характеристическій безошибочный показатель гражданскихъ правъ и отношеній состоитъ въ томъ, что они имѣютъ предметомъ матеріяльныя вещественныя цѣнности, въ какомъ бы то ни было видѣ: въ видѣ ли физическихъ вещей, или въ видѣ правъ и услугъ. Изъ этого общаго правила исключеній пѣтъ, при чемъ одни изъ этихъ отношеній могутъ имѣть болѣе или менѣе публичный, другія болѣе или менѣе частный характеръ. *Кавелинъ*, 134.—Частное право опредѣляетъ требованія извѣстнаго предмета при безспорности государственной власти, государственное же касается требованій участія въ государственной власти. *Knapp*, 209. — Гражданское право есть совокупность положеній, которыми опредѣляются юридическія отношенія частныхъ лицъ, т. е. тѣхъ, въ которыя лица становятся какъ субъекты имущества или члены семейства. *Unger*, I. 3. — Гражданскія права имѣютъ фактическимъ основаніемъ своимъ отношенія лица къ благу частной жизни, т. е. такому, которое служитъ средствомъ для осуществленія бытія отдѣльнаго лица, какъ такового. *Neuner*, 9. Авторъ считаетъ такими благами личность, семейство и имущество. — Большинство писателей считаетъ право на полученіе жалованья государственнымъ; Шталь видитъ здѣсь справедливо требованіе частное. *Stahl*, II. I. 305.

XV. Наконецъ международная власть имѣетъ предметомъ своимъ потребности не одного государства, а нѣсколькихъ. Она касается какъ имущественной, такъ и личной стороны: отсутствіе собственности надъ моремъ, преслѣдованіе торговли рабами, общее спокойствіе—все это составляетъ международные матеріяльныя и нравственныя потребности, для удовлетворенія которыхъ существуетъ власть. Государство охраняетъ свои народныя силы въ отношеніяхъ съ другими государствами, вступая съ ними въ договоры, и обязана поддерживать свое достоинство и положеніе въ союзѣ. Частныя лица

получаютъ также международныя права, по скольку эти послѣднія входятъ въ область различныхъ объективныхъ правъ или же опредѣляются общими началами справедливости. Въ этомъ смыслѣ международныя требованія получаютъ характеръ юридическихъ и охраняются силою фактическою и нравственною. Они принадлежатъ государствамъ, какъ членамъ международнаго общежитія, и отдѣльнымъ лицамъ чрезъ посредство государствъ.

XVI. Каковъ бы ни былъ характеръ власти, которою облекается лицо въ обществѣ, эта власть имѣетъ свое основаніе или титулъ. Права и обязанности не представляютъ собою чего-либо случайнаго, излишняго и ненужнаго; въ нихъ охраняются требованія жизни и ея руководящія нравственныя силы. Слѣд. въ цѣляхъ и потребностяхъ общества и лица заключается высшее основаніе всѣхъ правъ (Rechtsgrund).

Но кромѣ того для нихъ существуетъ ближайшій юридическій титулъ (titulus juris), которымъ служатъ юридическія институты и факты.

Юридическій институтъ формулируетъ отвлеченно права и обязанности, которыя находятъ въ немъ освою опору или почву (fundamentum juris). Въ институтахъ закрѣпляется опредѣленный типъ охраняемыхъ властей согласно съ общественнымъ сознаніемъ о правѣ. Но для того, чтобы власть получила конкретное бытіе, необходимъ фактъ или рядъ фактовъ, служащихъ ближайшею причиною правъ и обязанностей (causa juris). Такъ напр. институтъ брака установляетъ юридическую власть мужа и соединенныя съ нею требованія; но для того, чтобъ эти требованія были удовлетворяемы, необходимо событіе, совершеніе брака: только юридическій фактъ придаетъ власти характеръ конкретный, личный.

Общее основаніе возможности и дѣйствительности правъ заключается не въ чемъ иномъ, какъ въ разумной природѣ человѣка, по скольку она выражается въ свободной человѣческой дѣятельности. *Röder*, I. 138. По выраженію Кирульфа, въ юридическомъ отношеніи wirft das Recht die Form abstrakter Allgemeinheit ab, welche es als Gesetz hat, *das* Recht wird *ein* Recht. *Kierulff*, 154. Tous les rapport de droit sont déterminés par le but pour lequel ils existent. *Ahrens*, Cours, I. 203. Слѣдуя ученію Краузе, авторъ различаетъ двоякую цѣль: ближайшая (формальная) состоитъ въ особыхъ формахъ, съ которыми каждый долженъ сообразоваться; конечная или матеріяльная цѣль опредѣляется движеніемъ человѣческой жизни. Такъ напр. формальною цѣлью наказанія служитъ возмездіе, матеріяльная состоитъ въ исправленіи; ближайшая цѣль даренія есть передача вещи другому лицу, конечная же заключается въ выраженіи благодарности, въ помощи и проч. — Мы относимъ эту послѣднюю цѣль въ область политики; чисто юридическій институтъ ограничивается ближайшею цѣлью.

XVII. По двумъ сторонамъ юридическаго титула, права и обязанности суть прямыя или косвенныя.

Прямыя или непосредственныя суть тѣ, которыя вытекаютъ изъ юридическаго положенія лица — ex statu immediate: законъ или фактъ безусловно даютъ лицу извѣстную власть; такъ напр. какъ скоро лицо становится въ положеніе покупщика, оно можетъ требовать проданной ему вещи, фактъ рожденія даетъ лицу извѣстнаго класса опредѣленную привилегію и проч. Другія права и обязанности основываются на юридическомъ титулѣ посредственно (mediate), то есть получаетъ силу вслѣдствіе привхожденія новаго факта; такъ напр. къ косвеннымъ правамъ относятся требованіе вознагражденія со стороны покупщика въ случаѣ потери проданной ему вещи, право сына на полученіе наслѣдства, подъ условіемъ смерти отца.

Непосредственныя права, вытекающія ex statu immediate, называютъ также jura sine speciale titulo. Блуме причисляетъ къ

прямымъ правамъ тѣ, которыя имѣются въ виду при данномъ юридическомъ отношеніи. *Bluhme*, I. 16. Косвенныя права имѣютъ бытіе условно; это — jus secundum quid futurum.

XVIII. Таковы различныя категоріи властей, охраняемыхъ въ обществѣ и чрезъ его посредство. Но къ какой бы категоріи ни относились права и обязанности, въ нихъ необходимы всегда слѣдующіе три элемента: субъектъ, объектъ и титулъ. Субъектъ есть лицо, которому дается власть или на которое возлагается обязанность: безъ олицетворенія не мыслима никакая власть, такъ какъ она существуетъ не сама для себя, а для лица. Объектомъ правъ служитъ все то, что содѣйствуетъ удовлетворенію потребностей личныхъ или общественныхъ. Наконецъ юридическій титулъ есть основаніе для того, чтобы извѣстныя средства служили для удовлетворенія потребностей извѣстнаго лица; онъ закрѣпляетъ юридическую связь между субъектомъ и объектомъ. Въ этихъ элементахъ права получаютъ свое конкретное бытіе, какъ опредѣленныя величины, которыя способны къ дальнѣйшему измѣненію фактическому и юридическому.

Толомеи принимаетъ слѣдующіе элементы: субъектъ уполномоченный; титулъ; способъ возникновенія права; объектъ, въ которомъ оно осуществляется; субъектъ обязанный. *Tolomei*, 42.

ГЛАВА XII.

Субъектъ правъ.

Pfeiffer, Die Lehre von den juristischen Personen. Tübing. 1847. — *Lord Mackenzie*, Studies in roman law. 2-d edit. Edinb. 1865. *Lindgren*, Die Grundbegriffe des Staatsrechts. Leipz. 1869. — *Bluntschli*, Das moderne Völkerrecht. Nördling. 1868. — *Mayer*, Die Rechte der Israeliten, Athener und Römer. 2 Bde. Leipz. 1862-6. — *Александровъ*, Ученіе о лицахъ юридическихъ. М. 1865. *R. v. Mohl*, Politik. 2-er Band. Tübing. 1869.

I. Власть, представляя собою сознательную силу удовлетворенія, есть необходимое условіе и слѣдствіе бытія лица, которое облекается правами и способно къ обязанностямъ. Въ юридическомъ смыслѣ лицомъ признается всякій, кому дается власть, за кѣмъ признается удовлетвореніе человѣческихъ потребностей и кто поэтому становится субъектомъ правъ и обязанностей, — persona juris, Rechtsträger, Rechtsinhaber. Безъ понятія о лицѣ не существуетъ понятія о правахъ: nam parum est jus nosse, si personae, quarum causa constitutum est, ignorantur. Дѣйствительно, удовлетвореніе предполагаетъ потребности, а потребности суть выраженія силъ человѣка, какъ физическихъ, такъ и духовныхъ; поэтому вся область права получаетъ свое средоточіе и источникъ въ дѣятельности субъектовъ, въ опредѣленіи ихъ власти.

A person is human being capable of rights. *Austin*, II. 7. — Person im technischen juristischen Sinn heisst ein Mensch, insofern er Träger von Rechten ist. *Unger*, I. 252. — Der Mensch, sofern

er gewisse Rechte in der burgerlichen Gesellschaft geniesst, по опредѣленію прусскаго кодекса.

II. Понятіе о лицѣ въ юридическомъ смыслѣ или о субъектѣ правъ прежде всего дается природою: всѣ люди суть лица. Но это понятіе видоизмѣняется въ области права тѣмъ, что не всѣ потребности человѣка получаютъ охраненіе и признаніе, а лишь тѣ изъ нихъ, которыя имѣютъ созидающій характеръ. Поэтому юридически олицетворяется только удовлетвореніе творческихъ силъ жизни и притомъ какъ въ отдѣльномъ человѣкѣ, такъ и въ обществѣ. Отсюда двоякая форма такого олицетворенія: лицо физическое и юридическое. Исторически вторая форма предшествуетъ первой, и нужна была долгая цивилизація, прежде чѣмъ получило признаніе творчество силъ каждаго человѣка и слѣд. установилось понятіе о немъ, какъ о лицѣ или субъектѣ правъ. Христіянство провозгласило и утвердило равенство всѣхъ людей передъ Богомъ; философія указала на присущія имъ сознаніе и волю; право охраняетъ въ нихъ бытіе и выраженіе творческихъ силъ (дѣятельность).

«То, что́ съ точки зрѣнія нашего времени кажется намъ естественнымъ и разумнымъ, есть результатъ долгаго и труднаго историческаго развитія. Человѣкъ, какъ таковой, а не какъ гражданинъ, признается субъектомъ права; плѣнъ не служитъ основаніемъ рабства; самоуправство противурѣчитъ юридическому порядку; государство есть нѣчто высшее, чѣмъ сумма отдѣльныхъ лицъ, оно имѣетъ свои особыя задачи и средства, — всѣ эти положенія на столько усвоены нами, что мы не въ состояніи понять, какъ можно было сомнѣваться въ ихъ истинѣ. Но чтобы найти и приложить эти простыя истины, человѣческому духу нужны были болѣе трудныя усилія, болѣе энергическая борьба, чѣмъ тѣ, какія требовались для открытій и изобрѣтеній. Гораздо труднѣе было дойти до мысли о томъ, что человѣкъ свободенъ, чѣмъ до мысли объ обращеніи земли вокругъ солнца. *Ihering*, Geist, I. 102-3.— У Римлянъ рабъ признавался человѣкомъ (homo), но не лицомъ

(persona). Servo ipso nulla injuria intelligitur fieri, sed domino per eum fieri videtur. Впрочемъ Гай и Юстиніанъ причисляютъ рабовъ къ категоріи лицъ.

По мнѣнію Аустина, въ юридическомъ смыслѣ не могутъ считаться лицами всѣ люди, находящіеся въ естественномъ состояніи, а также государи, такъ какъ послѣдніе не подчиняются юридическому опредѣленію. *Austin*, II. — Люди называются лицами, какъ субъекты воли, мыслимой въ возможности. *Puchta*, Pand. 37.

III. По двоякой сторонѣ юридическихъ отношеній, субъекты правъ представляются также въ двоякомъ положеніи. Фактически каждое лицо является опредѣленнымъ, извѣстнымъ индивидуумомъ (persona certa); юридически же всѣ лица неизвѣстны (personae incertae): они различаются между собою по размѣру охраняемой имъ власти, а не по другимъ признакамъ. Поэтому въ юридическихъ казусахъ должно быть непремѣнно лицо, которое отыскиваетъ своихъ правъ; въ юридическихъ же институтахъ субъектомъ права является личность съ опредѣленными признаками, соединяющая въ себѣ извѣстныя условія; таковы напр. личность должника, кредитора, того, кому достался вексель и проч. Исключеніе составляютъ только личныя привилегіи, которыя неразрывно связаны съ бытіемъ опредѣленнаго лица и непосредственно даются ему.

IV. Этимъ характеромъ юридическаго опредѣленія субъектовъ права объясняется то, что иногда права присвоиваются имуществу: jus rei datur; fundo servitus acquiritur. Повидимому, субъектомъ права здѣсь становится вещь, возникаетъ jus reale, radicirtes Recht или beneficia rei. Такъ напр. вновь выстроенный домъ пользуется свободою отъ повинностей, имущество даетъ право избранія и проч. Но въ дѣйствительности субъектомъ права и въ этихъ случаяхъ остается лицо; имущество служитъ

только условіемъ осуществленія права. Это доказывается наглядно тѣмъ, что имущество является всегда только однимъ изъ условій, но не исключительнымъ; оно дополняется личными свойствами и качествами; напр. при выборахъ необходимо совершеннолѣтіе, принадлежность къ извѣстному сословію, иногда также къ религіи. Далѣе, при соединеніи нѣсколькихъ правъ, принадлежащихъ вещамъ, въ одномъ лицѣ, эти права сливаются въ одно,— чего не могло бы быть, еслибъ субъектомъ признавалась самая вещь.

Унгеръ считаетъ въ этихъ случаяхъ права *юридическимъ свойствомъ* вещи, отъ нея неотдѣлимымъ. Такъ напр. при залогѣ имущества закладывается соединенная съ нимъ повинность; лицо не можетъ отдѣлить право отъ одной вещи и присоединить его къ другой. *Unger*, I. 577.

V. Точто также не противурѣчитъ понятію о субъектѣ то охраненіе, которымъ пользуются животныя. Дѣйствительно, почти повсюду признается, что животныя могутъ страдать отъ человѣка и потому запрещается жестокое обращеніе съ ними.

Но и здѣсь субъектъ права есть лицо, а не животное. Въ животномъ признается та сторона или то свойство его, которое существуетъ и въ человѣкѣ, именно ощущеніе боли и страданія. Равнодушіе къ мученіямъ животныхъ служитъ шагомъ къ такому же равнодушію и неуваженію къ страданіямъ человѣка. Слѣд. во имя лица и его нравственнаго достоинства запрещается то, что̀ должно оскорблять и возмущать его; право охраняетъ творческое значеніе симпатіи ко всему живому и устраняетъ разрушительное вліяніе жестокости человѣческой.

У насъ совершенно вѣрно говорятъ о *человѣколюбивомъ* обращеніи съ животными; лица, привыкшія убивать и бить животныхъ (мясники, кучера) отличаются по большей части грубостью

правовъ. «Понятіе о лицѣ, говоритъ Тренделенбургъ, выражается въ сочувствіи къ животнымъ, слѣд. въ такой области, въ которой нѣтъ лица, но чувствуется родство съ лицомъ, такъ какъ въ животномъ есть элементъ, служащій основаніемъ личности. Сознаніе о лицѣ условливается сознаніемъ о своемъ я, а это послѣднее необходимо предполагаетъ самоощущеніе, слѣд. ощущеніе пріятнаго и непріятнаго: это первое условіе личности встрѣчается уже въ животномъ.» *Trendelenburg*, 201. Ср. *Röder*, I. 155. — Въ 15-мъ вѣкѣ встрѣчаются примѣры судебныхъ приговоровъ надъ лошадьми; о нихъ упоминается въ бургундскомъ правѣ 1459 года. По каноническому праву вмѣстѣ съ человѣкомъ убивались животныя, чтобы уничтожить всѣ слѣды противуестественныхъ преступленій. Послѣдній приговоръ такого рода во Франціи относится къ 1741 году. *Chassan*, préf. 89.

VI. Такимъ образомъ, только лица могутъ быть субъектами правъ и обязанностей, потому что юридически охраняется только удовлетвореніе ихъ потребностей. Признаніе лица есть поэтому признаніе его способности быть субъектомъ права, или его правоспособности.

Такъ какъ права представляютъ собою удовлетвореніе, то понятіе о субъектѣ права предполагаетъ дѣйствительное существованіе человѣческихъ потребностей, олицетворяемыхъ въ своей совокупности физическимъ лицомъ и въ своей единичности лицомъ юридическимъ.

VII. Для физическаго лица (persona vera vel naturalis, natürliche Person) такое удовлетвореніе опредѣляется его земною жизнью. Бытіе этому лицу дается природою; оно начинается съ его зарожденія и кончается смертью: въ этихъ предѣлахъ естественно существуетъ человѣкъ и юридически субъектъ права.

Хотя отдѣльная жизнь лица начинается съ его рожденія на свѣтъ, однако въ первый моментъ своего зачатія человѣкъ получаетъ значеніе субъекта права. *Зародышъ* (embryo, foetus) представляетъ собою опредѣленную

форму бытія человѣческаго: въ этой формѣ существуетъ уже человѣкъ въ своей физической и духовной сторонѣ; intelliguntur in rerum natura esse. Признавая жизнь средоточіемъ всѣхъ силъ и потребностей, право должно охранять первое ея проявленіе и признать субъектомъ права того, кто олицетворяетъ собою человѣческое бытіе. Поэтому повсюду зародыши признаются лицами и имъ присвоиваются права. Nasciturus pro jam nato habetur, quoties de commodis ejus quaeritur; ut in tempus nascendi omnia ei jura integra reservarent. Дѣйствительно, человѣкъ не измѣняется, въ немъ нѣтъ mutatio in aliud genus, а потому онъ или не существуетъ вовсе, или существуетъ вполнѣ.

Уже въ утробѣ матери, и даже преимущественно въ ней, человѣкъ имѣетъ jus primum occupandi; онъ питается и растетъ насчетъ другаго; ipso actu онъ уже въ своемъ правѣ и нужно доказать противное.» *Chalybäus*, II. 120. Унгеръ полагаетъ, что съ зачатія существуетъ человѣкъ, а не лицо. *Unger*, I. 283.— Римляне признавали embryo принадлежностью матери, а не отдѣльнымъ лицомъ: partus nondum editus homo non rite fuisse dicitur (Papin.); partus, antequam edatur, mulieris portio est (Ulp.); преторъ далъ имъ охраненіе propter spem nascendi.—Папа Стефанъ V (886 г.) объявилъ убійствомъ изгнаніе плода. Но средневѣковые юристы до 17 вѣка слѣдовали мнѣнію Аристотеля, будто зародышъ мужескаго пола получаетъ душу черезъ 40 дней, а женскаго черезъ 80 дней. Въ прусскихъ уголовныхъ законахъ и теперь вытравленіе плода въ теченіи первыхъ 30-ти недѣль отъ зачатія наказывается менѣе строго. — По австр. гражд. кодексу, еще нерожденіеся имѣютъ право на защиту закона (§ 22). Во Франціи надъ ventre учреждается опека (Code Nap. 393); въ его пользу можно завѣщать и дарить (906) и проч. — У насъ законы о вытравленіи плода, о побояхъ беременной женщинѣ и объ ея убійствѣ и пр. указываютъ на то, что Уложеніе о Наказаніяхъ признаетъ отдѣльное бытіе лица съ момента зарожденія. — Отъ права наслѣдованія не устраняются: дѣти, хотя бы оныя не были *еще* рождены, но токмо зачаты при жизни отца. Св. Зак. X. 1106.

VIII. Рожденіе есть начало отдѣльной жизни лица, какъ явленіе природы; природою опредѣляется и внѣшній образъ человѣка, которымъ онъ отличается отъ другихъ животныхъ. Основнымъ признакомъ такого отличія служитъ голова или лицо человѣческое, такъ что, при отсутствіи этого признака, родившійся считается уродомъ или младенцемъ чудовищнаго вида (monstrum, Missgeburt). Каковъ бы ни былъ взглядъ законодательствъ на уродовъ, они не уравниваются съ животными, ихъ жизнь охраняется, потому что они рождены отъ человѣка и слѣд. предполагаются имѣющими душу. Въ области внѣшнихъ дѣйствій, составляющихъ содержаніе права, они не могутъ выражать свои потребности, а потому не считаются правоспособными и охраняются только силою нравственности и религіи.

Улож. о Нак. ст. 1469: кто въ случаѣ, когда какою либо женщиною будетъ рожденъ младенецъ чудовищнаго вида или даже не имѣющій человѣческаго образа, вмѣсто того, чтобы донести о семъ надлежащему начальству, лишитъ сего урода жизни, тотъ за сіе по невѣжеству или суевѣрію посягательство на жизнь существа, рожденнаго отъ человѣка и слѣдственно *имѣющаго человѣческую душу*, приговаривается къ ссылкѣ на житье въ Сибирь и предается церковному покаянію. — По законамъ прусскимъ, уроды не имѣютъ правъ, но ихъ запрещается убивать. Во французскомъ и австрійскомъ кодексахъ о нихъ не упоминается.

IX. *Мертворожденные*, такъ же какъ и уроды, не могутъ быть субъектами правъ. Рожденіе есть моментъ жизни человѣческой, а потому лицо должно родиться живымъ, что̀ доказывается голосомъ ребенка (прусск. гражд. кодексъ § 13), или другимъ проявленіемъ его силъ. Живой человѣкъ есть субъектъ права и дальнѣйшая способность его къ жизни представляетъ собою вопросъ чисто-фактическій, не имѣющій значенія въ области права. Поэтому лишеніе жизни только-что родившагося младен-

ца, хотя бы хилаго и больнаго, признается смертоубійствомъ (относительно же мертворожденныхъ возможно только покушеніе на убійство).

Ср. Code Pén. 300. По австр. гражд. кодексу, рожденіе мертваго ребенка считается небывшимъ (§ 22); въ сомнительныхъ случаяхъ предполагается при рожденіи присутствіе жизни (§ 23). По ученію Гиппократа, рожденные въ 8-мъ мѣсяцѣ отъ зачатія считались неспособными къ жизни; но имѣвшіе 182 дня отъ зачатія считались способными; родившіеся ранѣе этого срока признавались мертворожденными.—Qui mortui nascuntur, neque nati, neque procreati videntur: quia nequaquam liberi appellari potuerunt. (Paul.) — Во Франціи не считаются субъектами права дѣти, которыя признаны неспособными къ жизни (non viables): запрещается доказывать незаконность ихъ рожденія; они признаются неспособными наслѣдовать и пр. (Cade Nap. 314, 725). Тоже въ Итал. кодексѣ, 161.

X. Какъ жизнь есть начало земнаго бытія, такъ смертью это бытіе оканчивается, а слѣд. прекращается удовлетвореніе потребностей лица, охраняемое правомъ. Мертвые выходятъ изъ юридической области, стоятъ внѣ ея.

Смерть есть естественное явленіе, котораго не можетъ замѣнить и съ которымъ не можетъ уравнять лицо никакая юридическая фикція: пока лицо находится въ живыхъ, оно непремѣнно признается субъектомъ правъ, а потому не можетъ быть оправдана прежде существовавшая юридическая или гражданская смерть (mort civile). Напротивъ, право признаетъ субъектами тѣхъ, кто уже не находится въ живыхъ, пока есть какое либо вѣроятіе жизни: субъектъ in suspenso v. in pendente (такъ напр. находящіеся въ плѣну).

Что касается до памяти объ умершемъ, или его добраго имени, то субъектомъ правъ на нихъ признаются родственники; распоряженіямъ умершихъ (завѣщаніямъ) придается юридическая сила, потому что они соверша-

ются при жизни лица, когда оно признавалось субъектомъ права; наконецъ трупы умершихъ охраняются отъ оскорбленій ради религіозныхъ и нравственныхъ понятій общества, а потому уваженіе къ нимъ составляетъ предметъ требованій этого общества, которое является здѣсь субъектомъ права.

Въ Пруссіи юридическая смерть отмѣнена по конституціи 1850 года, во Франціи закономъ 1854 года. — По римскому праву оскорбленіе умершаго считалось оскорбленіемъ наслѣдниковъ. По австр. гражд. кодексу (§ 278) поруганіе надъ трупомъ есть преступленіе противъ общественнаго порядка и спокойствія; у насъ (Улож. 234) оно отнесено къ преступленіямъ противъ вѣры. Завѣщанія самоубійцы недѣйствительны (тамъ же, 1472).

XI. Въ предѣлахъ земнаго бытія своего, каждое лицо способно къ удовлетворенію своихъ потребностей. Но удовлетвореніе предполагаетъ дѣятельность, которая основывается на правѣ и получаетъ также юридическій характеръ. Способность къ дѣятельности или дѣеспособность (Handlungsfähigkeit) есть признаніе за дѣйствіями лица юридическихъ послѣдствій; при нарушеніяхъ права она получаетъ характеръ вмѣняемости.

Дѣеспособность не тождественна вообще съ правоспособностью: лицо можетъ быть субъектомъ правъ, но не субъектомъ юридическихъ дѣйствій, напр. дѣти, безумные и проч.; все что̀ они совершаютъ себѣ на пользу или во вредъ считается простымъ фактомъ. При отсутствіи способности дѣйствовать, права не достигали бы своей цѣли, они не представляли бы собою удовлетворенія, а потому необходимо представительство. Лицо дѣеспособное удовлетворяетъ потребностямъ не только своимъ, но и другаго лица правоспособнаго; оно становится procurator, въ отличіе отъ dominus. Представительство можетъ быть необходимое (обязательное) и до-

бровольное. Послѣднее имѣетъ мѣсто тогда, когда дѣеспособное лицо поручаетъ другому вмѣсто себя извѣстный актъ удовлетворенія; адвокатъ защищаетъ обвиняемаго, дѣйствуетъ за довѣрителя и пр. Хотя каждый можетъ отыскивать и защищать на судѣ свои права (уст. гр. суд. 17), однако, сознавая себя не въ силахъ удовлетворить этой потребности, можетъ также поручить другому защиту. Обязательное представительство (procurator ex lege) имѣетъ мѣсто при неспособности лица дѣйствовать; такъ, прокуроръ дѣйствуетъ за казну, опекунъ за малолѣтняго, душеприкащикъ за умершаго.

Способность къ дѣйствію есть способность лица создавать новыя юридическія отношенія. *Unger*, I. 231. — О судебномъ представительствѣ уст. гр. суд. 19.; консулы не суть обязательные представители на судѣ: Суд. Вѣст. 1868. Только къ дѣеспособности прилагается римское раздѣленіе лицъ на sui juris et alieni juris; относительно же правоспособности, съ уничтоженіемъ рабства, различіе прекратились.

XII. Правоспособность въ связи съ дѣеспособностью образуетъ особое положеніе лица въ области права или его юридическую личность. Будучи общимъ свойствомъ всѣхъ людей, правоспособность и дѣеспособность видоизмѣняются въ приложеніи къ различнымъ юридическимъ отношеніямъ, такъ что лицо, способное къ однимъ правамъ, является неспособнымъ къ другимъ.

По тремъ основнымъ сферамъ общественной жизни, которыя опредѣляются правомъ, юридическая личность бываетъ троякая: гражданская, политическая и международная; въ физическомъ лицѣ они соединяются постоянно, для юридическаго же лица существуетъ только опредѣленное положеніе, по скольку въ немъ представляется одна изъ потребностей.

Римляне юридическое положеніе опредѣляли словомъ status и подраздѣляли его на status libertatis, civitatis et familiae. Бентамъ

называетъ положеніе base idéale, съ которымъ соединяются права, обязанности и неспособности.

XIII. Личность частная, политическая и международная (persona privata, publica, internationalis) составляетъ необходимое условіе бытія каждаго лица, способнаго къ удовлетворенію не только своихъ особенныхъ, но и общихъ потребностей. Такъ, физическія лица получаютъ положеніе въ области права не только въ качествѣ собственниковъ или договаривающихся сторонъ, но они также участвуютъ въ законодательствѣ, въ управленіи, они суть иностранцы и признаются повсюду субъектами правъ. Только въ соединеніи всѣхъ этихъ сторонъ личности заключается понятіе о лицѣ, и отрицаніе одной изъ нихъ, напр. исключеніе изъ государственной дѣятельности, противурѣчитъ этому понятію.

Съ такимъ признаніемъ въ лицѣ всѣхъ сторонъ личности не соединяется однако равенство юридическаго положенія для всѣхъ лицъ. Напротивъ, это положеніе зависитъ отъ многообразныхъ условій и понеобходимости различно: въ частныхъ отношеніяхъ существуютъ опредѣленныя ступени удовлетворенія, въ политическихъ различаются управляющіе и управляемые, въ международной сферѣ являются лица, принадлежащія къ разнымъ государствамъ и съ разными правами.

Такая неодинаковость юридическаго положенія физическихъ лицъ зависитъ отъ фактическихъ и юридическихъ условій, которыми опредѣляется какъ правоспособность, такъ и дѣеспособность каждаго ихъ нихъ.

XIV. Къ фактическимъ условіямъ принадлежатъ: возрастъ, полъ и здоровье.

Хотя лицо уже въ первый моментъ своего бытія признается правоспособнымъ, однако для каждаго юридическаго положенія, то есть для всей полноты соединенной

съ нимъ власти, необходимо достиженіе опредѣленнаго возраста, который зависитъ отъ существа или цѣли даннаго отношенія и установлется положительнымъ правомъ.

По возрасту всѣ лица раздѣляются на полноправныхъ и неполноправныхъ (sui et alieni juris), совершеннолѣтнихъ и несовершеннолѣтнихъ: срокомъ совершеннолѣтія полагается въ Россіи, Франціи, Италіи, Англіи 21 годъ, въ Пруссіи и Австріи 24 года. Но въ этихъ двухъ періодахъ существуютъ еще подраздѣленія; такъ напр. у насъ въ первомъ періодѣ различаются; малолѣтніе отъ рожденія до 14-ти лѣтъ и отъ 14 до 17-ти, затѣмъ несовершеннолѣтніе отъ 17-ти лѣтъ до 21 года. (Св. Зак. X. 213). Впрочемъ для нѣкоторыхъ юридическихъ отношеній эти общіе сроки измѣняются: дѣти отъ 7 до 10-ти лѣтъ не подвергаются уголовному наказанію, а отдаются родителямъ на исправленіе; для малолѣтнихъ имѣющихъ отъ 10 до 14-ти лѣтъ установлены особыя наказанія (Улож. 137, 138); лица отъ 7 до 14 лѣтъ не могутъ давать показанія подъ присягою (уст. гражд. суд. 85, угол. 95). Для вступленія въ бракъ необходимо для мужчинъ 18 лѣтъ, для женщинъ 16 (въ Закавказскомъ краѣ 15 и 13, во Франціи 18 и 15, по каноническому праву 14 и 12 лѣтъ). Достигшій 17-ти лѣтъ можетъ управлять своимъ имѣніемъ, но безъ права вступать въ обязательства.

По достиженіи 21 года лицо получаетъ полную гражданскую правоспособность и дѣеспособность; 25 лѣтъ назначается для избранія въ мировые судьи, въ гласные и пр.; 30 лѣтъ для мужчинъ и 40 для женщинъ требуется при вступленіи въ монашество. Наконецъ 70-тилѣтній возрастъ служитъ предѣломъ политическаго права быть присяжнымъ и 80-тилѣтній предѣломъ вступленія въ бракъ.

Еще Гиппократъ дѣлилъ возрастъ по таинственному числу 7, и принималъ сроки: 7, 14, 21, 35 и 70 лѣтъ. Римляне приняли

отчасти эти же сроки, отчасти же дѣлили число 100, какъ указатель продолжительности человѣческой жизни. До 7-ми лѣтъ лица считались infantes, не могущими говорить; отъ 7 до 14-ти лѣтъ были impuberes: это былъ возрастъ физическаго развитія, по окончаніи котораго дозволялось вступать въ бракъ; отъ 14 до 24 лѣтъ pubertas, которая имѣла свои степени: въ 18 лѣтъ признавалась pubertas plena (venia aetas); въ 25 лѣтъ — aetas legitima; 70-ти лѣтніе (senectus) освобождались отъ общественныхъ должностей. Въ Пруссіи (законъ 1851 г.) и во Франціи (Code pen. 66), 16-тилѣтніе могутъ быть освобождены отъ наказанія. Въ Австріи 60-тилѣтніе получаютъ право отказаться отъ опеки, 50-тилѣтніе могутъ усыновлять.—Въ Англіи, по ten hour's act, дѣти моложе 8-ми лѣтъ не должны заниматься ремеслами; до 13 лѣтъ они не могутъ быть принуждаемы къ работѣ свыше $6^1/_2$ часовъ ежедневно, до 18-лѣтняго возраста свыше 12 часовъ.

XV. Различіе пола не остается также безъ вліянія на юридическое положеніе лица. Естественная слабость и впечатлительность женщинъ, отсутствіе стойкости и чувства мѣры, а съ другой стороны особенное уваженіе къ нимъ, служащее основою цивилизаціи, сосредоточеніе ихъ на семейной жизни и на воспитаніи нравственномъ, — все это послужило причиною тому, что въ положительномъ правѣ женщины не уравниваются съ мужчинами. Признавая ихъ правоспособными, законы и обычаи всѣхъ странъ ограничиваютъ ихъ способность къ дѣятельности, преимущественно въ области политической. Этотъ всеобщій фактъ объясняется не случайными или временными обстоятельствами, а основанъ на природѣ женщины, которая не выше и не ниже природы мужчины. Отсутствіе тождества и даже противуположность въ свойствахъ и силахъ двухъ половъ составляетъ необходимое условіе бытія лицъ и взаимной связи между ними, а потому право не можетъ искуственно признавать равенство мужчинъ и женщинъ, не существующее въ жизни. Нельзя возложить на лица обоего пола одина-

ковую отвѣтственность, дѣйствовать на нихъ съ одинаковою принудительностью, требовать одинаковой энергіи, физическаго труда, спокойствія, исполненія долга и т. п. Съ другой стороны политическія обязанности нерѣдко связаны съ такими дѣйствіями, которыя противурѣчатъ нравственной стыдливости и скромности женщинъ; общественная должность состоитъ нерѣдко въ наблюденіи и надзорѣ за безнравственностью и развратомъ, она сталкиваетъ человѣка съ людьми порочными и недопускаетъ увлеченій добротою сердца, столь естественныхъ для женщинъ.

По всѣмъ этимъ причинамъ, въ видахъ особаго воспитательнаго и семейнаго призванія женщинъ и въ интересахъ нравственности, женщины въ области права имѣютъ не одинаковое положеніе съ мужчинами. Такое юридическое неравенство вознаграждается возвышеніемъ женщины въ области нравственной и преимущественнымъ охраненіемъ, которымъ она пользуется: оскорбленіе чести женщины считается болѣе важнымъ нарушеніемъ права, всякое насиліе надъ нею преслѣдуется съ особенною строгостью и проч.

Безспорно, юридическое положеніе женщинъ объясняется во многомъ исторіею. Гаремная жизнь востока, преобладаніе военной силы въ Римѣ и въ средніе вѣка условливали подчиненное юридическое положеніе женщинъ: propter sexum femininum jus suum ignorare posse; еще въ дигестахъ (dig. 50) было установлено правило: feminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt. По каноническому праву, женщины немогли свидѣтельствовать; феодализмъ также ограничилъ права женщинъ по наслѣдству. Въ настоящее время юридическое ограниченіе женщинъ касается только ихъ политическихъ правъ, и нельзя не согласиться, что это ограниченіе вполнѣ основательно: еслибы женщины призывались наравнѣ съ мужчинами къ дѣятельности общественной, онѣ лишились бы нравственнаго уваженія, которыми пользуются повсюду. Въ Англіи высказано желаніе, чтобы на женщинъ распро-

странено было право подачи голоса на выборахъ; но нѣтъ рѣчи о занятіи ими общественныхъ должностей. Право не можетъ признать равенство тамъ, гдѣ природа установила неравенство; оно должно охранять тѣ особыя свойства женщинъ — стыдливость, скромность, нѣжность—которыя имѣютъ творческое цивилизующее значеніе. — Говоря о воспитаніи женщинъ, Робертъ фонъ Моль замѣчаетъ, что женщины не могутъ изучать и прилагать математики, естественныхъ наукъ, юридическихъ наукъ, филологіи, философіи и исторіи. *Mohl*, Pol. II. 309. Предоставленіе женщинамъ политическихъ правъ авторъ не считаетъ возможнымъ; въ политическую жизнь нельзя вносить ни вѣжливости, ни уступчивости, которыя столь естественны относительно женщинъ.

Что касается до средняго пола (андрогины или гермафродиты), то онъ не признается юридически. По прусскимъ законамъ предоставляется родителямъ опредѣлить полъ ребенка, а по достиженіи 18-тилѣтняго возраста само лицо получаетъ право выбора между мужескимъ и женскимъ поломъ. Тоже было и въ римскомъ правѣ. Но въ законодательствахъ востока признавались гермофродиты. По еврейскому праву они не допускались къ свидѣтельству (*Meyer*, II. 37); у мусульманъ они получаютъ при наслѣдствѣ половину той части, на которую имѣютъ право мужчины и половину по праву женщины; иногда полъ ихъ опредѣлялся при вступленіи въ бракъ, иногда же по числу реберъ: при нечетномъ числѣ, ребенокъ считался мужчиною, при четномъ женщиною. *Торнау*, Мусульм. Законод., 421.

XVI. Физическое и умственное здоровье имѣетъ значеніе въ области права, преимущественно по отношенію къ дѣеспособности. Недостатки физическіе (vitium) и болѣзни (morbus) дѣлаютъ лицо неспособнымъ исполнять опредѣленныя обязанности, а потому ограничиваютъ его право напр. при поступленіи на службу. Умственная болѣзнь представляетъ различныя градаціи,—отъ простоты (rustitia, simplicitas) до полнаго отсутствія разума (furor, dementia); согласно съ этимъ измѣняется юридическое положеніе лицъ какъ частное, такъ и политическое.

У насъ напр. въ военно-юридическую академію не могутъ поступать одержимое глухотою, косноязычные и запикающіеся. Бе-

зумные, сумасшедшіе, глухонѣмые и нѣмые находятся подъ опекою. Расточители уравниваются съ лишенными разума. Во Франціи глухонѣмые умѣющіе писать могутъ получать даръ и назначать повѣренныхъ; въ Австріи опека съ нихъ снимается по достиженіи 25-тилѣтняго возраста, если они оказываются способными управлять имуществомъ.

XVII. На правоспособность имѣетъ вліяніе отсутствіе чести (infamia), какъ необходимаго условія для лица. Потеря чести можетъ быть только слѣдствіемъ преступленія и имѣетъ различныя степени; напр. у насъ существуетъ лишеніе всѣхъ правъ и лишеніе всѣхъ особенныхъ правъ. Сверхъ того признается сомнительная честность (turpitudo), съ которою соединяется ограниченіе правоспособности; въ такомъ положеніи находятся: находящіеся подъ судомъ, небывшіе у св. причастія, расточившіе чужое имущество, ренегаты, бродяги и проч.

Такъ какъ отдѣльное лицо находится съ государствомъ въ нравственной связи, то принадлежность къ государству основана на свободѣ: каждый подданный имѣетъ право оставить отечество (прусск. конст. 1850, ст. 11). Но недозволенное или тайное оставленіе отечества считается безчестнымъ; оно есть нарушеніе нравственной обязанности, а потому влечетъ за собою ограниченіе дѣеспособности. Такъ напр. по австрійскимъ законамъ, оставившій отечество не можетъ наслѣдовать, дѣлать завѣщанія и пр. (гражд. код. 176). У насъ недозволенное оставленіе отечества считается преступленіемъ; виновные въ немъ наказываются вѣчнымъ изгнаніемъ, а имѣніе ихъ берется въ опекунское управленіе (Улож. о Нак. 325-7).

Лишеніе чести (Infamie) можетъ совершиться только по суду. Въ нѣмецкомъ правѣ различается einfache und qualificirte Infamie (Ehrlosigkeit и Rechtslosigkeit); съ первою соединяется неспособность къ опекѣ, къ адвокатурѣ, подозрительность свидѣтельства;

вторая влечетъ за собою неспособность къ браку, къ договорамъ, къ завѣщаніямъ. Безчестіе уничтожается только особымъ актомъ возстановленія чести, — restitutio famae. *Unger*, I. 273.—У насъ съ лишеніемъ всѣхъ особенныхъ правъ соединяется неспособность вступать въ государственную или общественную службу, записываться въ гильдію, быть свидѣтелемъ, третейскимъ судьею, опекуномъ и попечителемъ, повѣреннымъ по чьимъ либо дѣламъ (Улож. 43).

XVIII. Сверхъ этихъ общихъ условій правоспособности, существуютъ еще особыя, опредѣляемыя сословіемъ, политическою національностью и религіею.

Сословное положеніе лица можетъ служить основаніемъ его политической правоспособности, но не должно измѣнять правоспособности гражданской. Точно такое же значеніе имѣетъ религія и историческое подданство (національность). Государственное положеніе лица зависитъ отъ той юридической и нравственной связи, которая существуетъ между нимъ и верховною властью, какъ олицетвореніемъ единства; каждое государство есть продуктъ исторіи и разнообразныхъ народныхъ силъ, которыя нерѣдко весьма долго сохраняютъ свою исключительность, отражающуюся въ области права; но мало по малу государство возводитъ все это разнообразіе къ единству и осуществляетъ начало равенства всѣхъ передъ закономъ, или одинаковой правоспособности: всякое выдѣленіе есть признакъ ненормальнаго состоянія общества; каково бы ни были чисто-индивидуальныя потребности лица, онѣ не переносятся въ его общественную дѣятельность, а потому и не могутъ измѣнять ея юридически.

Религіозныя условія правоспособности образовались исторически. См. о Евреяхъ *Beseler*, Syst. 225. Въ Австріи съ 1853 года гражданское ограниченіе Евреевъ состоитъ въ запрещеніи владѣть недвижимыми имуществами; для нѣкоторыхъ частей Австріи ограниченія уничтожены въ 1860 году. Тамъ же запрещается по-

купать недвижимыя имущества Черногорцамъ (законъ 1845 г.) и Туркамъ. *Kirchstetter*, 168. У насъ запрещается Евреямъ нанимать христіанъ для домашнихъ услугъ, также малаканамъ. Св. Зак. X. 2209, 2212. Ср. *Mohl*, 673.

XIX. Положеніе подданныхъ и иностранцевъ имѣетъ международный характеръ. Между тѣми и другими невозможно полное юридическое равенство въ тѣхъ отношеніяхъ, которыя касаются выполненія государственныхъ цѣлей, хотя удовлетвореніе личныхъ потребностей присвоивается иностранцамъ наравнѣ съ туземцами и они пользуются одинаковымъ охраненіемъ своихъ правъ.

У насъ иностранцы вообще не могутъ вступать въ службу, быть судебными приставами и присяжными повѣренными (учр. суд. 299, 355). Съ 1862 года имъ дозволено владѣть всякаго рода недвижимыми имуществами. Положеніе иностранцевъ опредѣлено какъ внутренними законами, такъ и трактатами, и составляетъ предметъ международнаго права.

XX. Физическія лица получаютъ свое бытіе, потребности и слѣд. правоспособность силою природы. Но понятія о лицѣ и объ удовлетворяемыхъ потребностяхъ на столько тождественны, что право олицетворяетъ всякую потребность общества или многихъ членовъ его, имѣющую характеръ творчества. Такая потребность, нуждающаяся въ удовлетвореніи и имѣющая для того власть и средства, получаетъ значеніе субъекта права и называется юридическимъ лицомъ (нравственнымъ, идеальнымъ, воображаемымъ, мистическимъ, коллективнымъ, persona juridica vel moralis).

XXI. Фактически эти лица образуются цивилизаціею или проявленіемъ общественной жизни. Всякая потребность, способная сдѣлаться общею, можетъ быть олицетворяема и получить самостоятельное удовлетвореніе, отдѣльно и независимо отъ физическихъ лицъ. По сколь-

ку въ такомъ удовлетвореніи выражается творчество жизни, право охраняетъ его, и наоборотъ, оно запрещаетъ обобщеніе того, что̀ дѣйствуетъ разрушительно. Такъ напр. нѣкоторые виды общенія остаются на степени фактическихъ и не имѣютъ характера субъектовъ права (публика), другія прямо запрещаются (тайныя общества, шайки для разбоя), наконецъ нѣкоторыя охраняются правомъ: хозяйственныя, нравственныя, политическія общества получаютъ власть для раскрытія своей сущности, — каждое изъ нихъ personae vice fungitur, становится въ отношенія къ другимъ лицамъ, какъ физическимъ, такъ и юридическимъ.

Такимъ образомъ для возникновенія юридическихъ лицъ необходимо двоякое условіе: существованіе потребности, олицетворяемой ими, и признаніе, соединенное съ охраненіемъ ея силою права.

Не всякая общая потребность, даже творческая, нуждается въ особомъ олицетвореніи; многія изъ нихъ удовлетворяются отдѣльными физическими лицами, съ сохраненіемъ индивидуальности каждаго. Юридическое лицо вызывается только невозможностью удовлетворенія, при ограниченности силъ и временности пребыванія человѣка на землѣ.

Юридическое лицо, создаваемое видимымъ образомъ чрезъ право, еще прежде того имѣетъ бытіе, какъ истинный фактъ (wahre Thatsache) или какъ истинная потребность. *Lüders*, 5.

XXII. Въ области права, то есть какъ субъектъ удовлетворенія, юридическое лицо получаетъ опредѣленное бытіе, имѣющее свое начало и конецъ: оно раждается и умираетъ.

Для того, чтобы юридическое лицо осуществилось, необходимо двоякое условіе: его внѣшнее выраженіе и признаніе со стороны права.

Охраняя за потребностью ея отдѣльное удовлетвореніе, необходимо охранить служащія для того средства, какъ личныя, такъ и имущественныя. Безъ физическихъ лицъ или безъ матеріяльныхъ средствъ юридическое лицо немыслимо, напр. государство безъ верховной власти, акціонерная компанія безъ капитала и т. п. Поэтому внѣшнее бытіе юридическихъ лицъ условливается ихъ видимымъ выраженіемъ (субстрактъ). Такое выраженіе, необходимое для дѣятельности и удовлетворенія юридическаго лица, не становится само по себѣ субъектомъ права: это значеніе имѣетъ только представляемая ими потребность. Такъ напр. въ больницахъ, въ торговыхъ предпріятіяхъ не имущество признается субъектомъ, а творческая сила благотворительности или хозяйства; въ университетахъ субъектомъ правъ остается потребность обученія, а не лица и имущество, ее удовлетворяющія.

Вопросъ о томъ, кто есть субъектъ права въ юридическомъ лицѣ (или что олицетворяется въ немъ), рѣшается теоріею различно. Савиньи и Пухта признаютъ олицетвореніе цѣли. *Savigny*, Syst. II. 233; *Puchta*, Inst. II. 291. Унгеръ возражаетъ противъ этого: цѣль есть то, что еще не достигнуто, она сама себя не достигаетъ, а достигается другими; онъ опредѣляетъ юридическое лицо такъ: ideelles vermögensfähiges Subject. *Unger* I. 315. Іерингъ вовсе отвергаетъ въ юридическомъ лицѣ значеніе субъекта: Subject des Rechts ist der, dem der Nutzen desselben zugedacht ist (der Destinatär). *Ihering*, Geist, III. 314; поэтому субъектами служатъ или опредѣленныя лица физическія (universitas personarum), или неопредѣленное множество ихъ (universitas bonorum). Того же мнѣнія и Линдгренъ; der Staat ist eine juristische Person und jede juristische Person ist ein Staat. *Lindgren*, 71. — Безспорно, въ каждомъ юридическомъ лицѣ удовлетворяются потребности отдѣльныхъ лицъ; но власть удовлетворенія принадлежитъ не каждому изъ нихъ въ особенности, а цѣлому единству, которое и признается непосредственнымъ субъектомъ правъ.

XXIII. Каковъ бы ни былъ внѣшній представитель юридическихъ лицъ, для ихъ бытія въ области права не-

обходимо юридическое признаніе. Это признаніе совершается двоякимъ образомъ, смотря по тому, придается ли значеніе субъекта юридическому лицу, какъ persona incerta, или какъ persona certa. Въ первомъ случаѣ право установляетъ общую форму образованія юридическихъ лицъ и напередъ охраняетъ всякое олицетвореніе творческой силы (законъ общій). Таково напр. постановленіе австрійскаго гражданскаго кодекса (§ 26): «всѣ дозволенныя общества пользуются тѣми же правами, какъ и отдѣльныя лица»; таковы общія положенія о товариществахъ и т. п. Другой случай представляется тогда, когда юридически охраняется извѣстное индивидуально-опредѣленное единство (статутъ, constitutio singularis); напр. дается уставъ такому-то университету, больницѣ, акціонерной компаніи и пр.

Признаніе или утвержденіе юридическихъ лицъ можетъ совершаться или особымъ актомъ, или фактически, но оно во всякомъ случаѣ необходимо, чтобы считать юридическое лицо правоспособнымъ. Смотря по тому, къ какой области принадлежитъ олицетворяемая потребность, различается и власть, придающая ей характеръ субъекта права. Такъ напр. государство признается международнымъ союзомъ, корпораціи государствомъ и пр. «Существованіе физическаго лица, говоритъ Савиньи (Syst. II. 277), указываетъ каждому на необходимость охраненія его правъ. Но когда естественная правоспособность переносится посредствомъ фикціи на идеальный субъектъ, то исчезаетъ очевидность его правъ; недостатокъ этой очевидности можетъ замѣнить только воля высшей власти, которая создаетъ искусственно субъектъ права.»

На этомъ основаніи нѣкоторые полагаютъ, что всякое юридическое лицо имѣетъ политическій характеръ. «Кромѣ государства, всѣ юридическія лица существуютъ только потому и въ той мѣрѣ,

въ какой они въ ограниченномъ кругѣ осуществляютъ ту цѣль, которую исполняетъ государство.» *Lindgren*, 68. Авторъ признаетъ единственную основу юридическаго лица — юридическій порядокъ. Штейнъ держится того же взгляда: юридическое лицо возникаетъ только по волѣ государства; оно не подчиняется приговору своихъ членовъ, даже единогласному, и можетъ быть измѣнено только государствомъ, дающимъ ему значеніе субъекта. Авторъ признаетъ три вида юридическихъ лицъ: низшая форма ихъ возникаетъ тогда, когда хозяйственное единство случайно теряетъ своего представителя, который дается государствомъ: таковы опека, haereditas jacens, cura bonorum; другую форму представляютъ собою административныя юридическія лица, цѣль и способъ дѣйствій которыхъ совпадаетъ съ государственнымъ управленіемъ: банки, желѣзныя дороги и пр.; наконецъ политическія юридическія лица суть тѣ, которымъ дается право выражать государственную волю. На этомъ основаніи Штейнъ не считаетъ юридическими лицами общества (Gesellschaften) для удовлетворенія частныхъ хозяйственныхъ потребностей. *Stein*, Verw. I. 579. — У насъ органамъ, признающимъ юридическія лица, служитъ комитетъ министровъ или государственный совѣтъ; уставы больницъ утверждаются министромъ внутреннихъ дѣлъ (законъ 1869 года). — Въ Англіи всѣ корпораціи имѣютъ государственный характеръ; corporation и body politic суть синонимы.

XXIV. Существованіе творческой потребности, субстракта и признаніе (утвержденіе) необходимы для бытія юридическихъ лицъ. Всѣ прочія условія суть только quaestiones facti и не имѣютъ существеннаго значенія. Такъ, количество представителей, матеріяльныя средства, способъ достиженія цѣли и пр. не измѣняютъ юридическаго характера субъектовъ. Въ большей части случаевъ признается необходимымъ для бытія юридическихъ лицъ не менѣе трехъ физическихъ лицъ, по римскому правилу: Neratius Priscus tres facere existimat collegium et hoc magis sequendum est. Но юридическія лица могутъ представляться однимъ лицомъ (государство), при недозволенныхъ обществахъ принимается не менѣе 20-ти

человѣкъ и пр Точно также возможно юридическое лицо безъ матеріяльныхъ средствъ (судебныя учрежденія). Наконецъ отношеніе представителей къ олицетворяемой ими потребности, степень сохраненія ими особыхъ правъ или сліяніе ихъ съ правами цѣлаго юридическаго лица, — всѣ эти опредѣленія образуютъ особые категоріи юридическихъ лицъ, но не представляютъ собою чего-либо непреложнаго: только творческій характеръ потребности и какое бы то ни было видимое ея бытіе существенны для понятія объ юридическомъ лицѣ.

XXV. На основаніи представительства, юридическія лица могутъ быть подведены подъ двѣ категоріи: единоличныхъ и коллективныхъ. Послѣднія въ свою очередь могутъ быть или безъ выдѣла представителей, какъ особыхъ субъектовъ, или же они допускаютъ совмѣстное бытіе правъ олицетворяемой потребности и каждаго изъ ея представителей (jura singulorum).

Но въ какомъ бы положеніи ни стояли представители юридическаго лица, они не тождественны съ этимъ лицомъ; послѣднее есть самостоятельный субъектъ правъ, независящій отъ перемѣны членовъ. Такъ, юридическое лицо продолжаетъ существовать неизмѣнно, хотя представители его умираютъ и замѣняются новыми; оно имѣетъ свое опредѣленное мѣсто пребыванія; оно отвѣчаетъ за долги, становится кредиторомъ, — однимъ словомъ имѣетъ свою отдѣльную юридическую жизнь. Quod universitati debetur singulis non debetur, quod universitas debet singuli non debent. Какъ скоро единеніе лицъ не создаетъ новаго субъекта, то нѣтъ и юридическаго лица, а существуетъ только договоръ, въ которомъ каждая сторона удовлетворяетъ лишь своимъ потребностямъ и своими особыми средствами. Даже въ тѣхъ случаяхъ, когда юридическія лица возникаютъ по взаимному согла-

шенію участниковъ, они въ дальнѣйшемъ своемъ существованіи сохраняютъ отдѣльность юридическую: компанія имѣетъ свои права, не тождественныя съ правами акціонеровъ.

Раздѣленіе юридическихъ лицъ на основаніи положенія ихъ представителей формулировано точнѣе всего въ гражданскихъ законахъ кантона Цюриха. Въ § 19 сказано: корпораціи раздѣляются на церковныя и государственныя, и на частныя; послѣднія суть: юридическія лица въ тѣсномъ смыслѣ (единство безъ Theilrecht) и Genossenschaften (съ правомъ выдѣла участниковъ). — Унгеръ (I. 323) не признаетъ юридическими лицами всѣ тѣ соединенія, въ которыхъ можно юридически выдѣлить отдѣльныя лица, и ограничивается слѣдующими видами: корпораціи, Stiftungen и haereditas jacens. Другіе писатели распространяютъ понятіе объ юридическихъ лицахъ на семейство, кредиторовъ въ конкурсѣ. на бѣдныхъ извѣстнаго города, общую собственность (si communem fundum ego et tu habemus, unius loco habemus), на Grundstüke и пр. Ср. *Weiske*, Rechtslexikon. Аустинъ принимаетъ три вида юридическихъ лицъ: аггрегатъ лицъ (collegia); аггрегатъ правъ и обязанностей (status или положеніе), наконецъ вещи (praedium dominans et serviens). *Austin*, II. 13 —Вальтеръ подводитъ юридическія лица подъ двѣ категоріи: корпораціи, состоящія изъ многихъ лицъ, и учрежденія, состоящія въ имуществѣ, назначенномъ для опредѣленной и постоянной цѣли. *Walter*, Enc. 135. Эти категоріи соотвѣтствуютъ римскимъ universitas personarum et bonorum.

XXVI. Отдѣльное бытіе юридическихъ лицъ выражается въ ихъ отдѣльной правоспособности.

Эта правоспособность условливается характеромъ потребности, которая служитъ основою юридическихъ лицъ и удовлетвореніе которой имъ ввѣрено. Такъ, одни изъ юридическихъ лицъ облекаются политическою властью и не нуждаются въ имуществѣ; другія напротивъ немыслимы безъ имущества, но ограничены удовлетвореніемъ только хозяйственныхъ цѣлей. Поэтому напр. судебныя учрежденія не имѣютъ права наслѣдства, въ ихъ пользу

нельзя дѣлать завѣщаній или даренія; наоборотъ, больницы, товарищества и пр. лишены политическихъ правъ, но пользуются всею полнотою правъ имущественныхъ. Вообще, каждое юридическое лицо получаетъ опредѣленную личность, которую измѣнить оно не можетъ. Такъ, хозяйственная корпорація или политическое товарищество противурѣчили бы существу этихъ соединеній: eine private Corporation ist eine contradictio in adjecto; ebenso wäre eine politische Societät ein Widerspruch (*Held*, Staatsr. 82).

Въ области частныхъ правъ, юридическимъ лицамъ доступны слѣдующія: собственность, владѣніе, повинности имущественныя, ususfructus, обязательства, наслѣдство. У насъ правомъ наслѣдства пользуется только государство (имущества выморочныя) и по beneficia legis учебныя заведенія, духовное вѣдомство, монастыри, городскія общества, сохранная казна, комитеты о раненыхъ и о заслуженныхъ гражданскихъ чиновникахъ, морскіе госпитали. Св. Зак. X. 1168-78. По мнѣнію Пухты (Pand. 41) и Унгера (Syst. I. 316), юридическія лица имѣютъ только вещныя права, за исключеніемъ тѣхъ, которыя связаны съ семействомъ. Въ нью-йоркскомъ кодексѣ 1867 года юридическія лица разсматриваются какъ kinds of personal property.

XXVII. Что касается до дѣеспособности юридическихъ лицъ, то она можетъ выражаться только чрезъ представителей: дѣйствовать способенъ только человѣкъ. Статутъ или уставъ каждаго юридическаго лица опредѣляетъ, на сколько дѣятельность представителей считается удовлетвореніемъ потребности, олицетворяемой юридическимъ лицомъ. Такъ, прежде всего съ творческою потребностью несовмѣстимо понятіе о нарушеніи права; поэтому юридическія лица не могутъ совершать преступленій: municipes nihil dolo facere possunt; за всякое правонарушеніе отвѣчаютъ исключительно представители юридическаго лица, а не само лицо.

Далѣе, при коллективной формѣ юридическихъ лицъ, каждый изъ его членовъ имѣетъ голосъ (votum, suffragium), которому придается значеніе рѣшающее (votum decisivum), или же только совѣщательное (votum consultativum). Согласное съ существомъ олицетворяемой потребности постановленіе членовъ считается выраженіемъ всего юридическаго лица, если оно соединяетъ въ свою пользу большинство рѣшающихъ голосовъ. Но юридическая сила большинству придается только въ предѣлахъ правоспособности юридическаго лица; въ противномъ случаѣ оно остается только на степени факта. Такъ напр. рѣшенія административнаго юридическаго лица по вопросамъ политическимъ (земства, войска, университета о войнѣ), рѣшеніе каждаго юридическаго лица о собственныхъ правахъ или о правахъ своихъ членовъ и проч. должны считаться юридически ничтожными, хотя и не остаются иногда безъ фактическаго вліянія. Съ другой стороны меньшинство получаетъ иногда перевѣсъ, если его мнѣніе согласно съ существомъ и цѣлью юридическаго лица: такъ напр. по гамбургскому морскому праву, если меньшинство въ обществѣ хозяевъ рѣшаетъ, чтобы корабль отправился въ путь, а большинство желаетъ, чтобъ онъ остался, то мнѣнію меньшинства дается предпочтеніе (*Trendelenburg*, 257).

Большинство голосовъ можетъ быть абсолютное и относительное (напр. $^2/_3$, $^3/_4$, единогласіе); голоса иногда считаются личные (Virilabstimmung), иногда коллективные (Curialabstimmung). Передача голоса въ политическихъ юридическихъ лицахъ не можетъ быть оправдана въ принципѣ и объясняется только цѣлесообразностью.

XXVIII. Принимая въ основаніе какъ правоспособность или существо юридическихъ лицъ, такъ и ихъ дѣеспособность или представительство, всѣ юридическія лица

можно подвести подъ слѣдующія основныя выраженія: государство и его органы, корпораціи, общины, компаніи, хозяйственныя товарищества и наконецъ учрежденія съ характеромъ нравственнымъ и чисто-имущественнымъ. Эти выраженія юридическихъ лицъ различаются между собою не внѣшнимъ образомъ, а существомъ олицетворяемой ими потребности: коллегіяльность и единоличность, участіе членовъ въ дѣятельности цѣлаго — всѣ эти опредѣленія зависятъ отъ существа дѣятельности и задачъ, которыя лежатъ въ основѣ юридическихъ лицъ, отъ ихъ частнаго, политическаго или международнаго характера.

Къ unio personarum относятъ: государство, а въ гражданскомъ правѣ fiscus; общины (civitates, municipia); корпораціи — corpora, decuriae, societates publicae, sodalitates; церкви; университеты. Къ unio bonorum: pia corpora и haereditas jacens.

XXIX. Во главѣ всѣхъ юридическихъ лицъ стоитъ государство, какъ олицетвореніе разнообразныхъ творческихъ потребностей. Государство представляетъ собою интересы многихъ поколѣній, преемственно смѣняющихъ другъ друга; въ немъ воплощается исторія народа и всѣ его силы, какъ духовныя, такъ и матеріяльныя. Различныя стороны государства въ свою очередь служатъ основою образованія нѣсколькихъ юридическихъ лицъ. Съ хозяйственной или имущественной стороны государство представляется какъ казна (fiscus), со стороны могущества какъ войско, со стороны нравственной какъ судъ и проч. Но всѣ эти стороны соединяются въ одно цѣлое, въ понятіе о государствѣ, какъ о субъектѣ правъ, т. е. о самостоятельномъ дѣятелѣ относительно своихъ членовъ и другихъ государствъ. Такое значеніе государство получаетъ чрезъ фактическое образованіе и чрезъ международное признаніе, при чемъ опредѣляется юри-

дическое положеніе государства и его дѣеспособность. Такъ, одни государства получаютъ всю полноту правъ и юридическихъ дѣйствій, другія же ограничены въ своей дѣеспособности: полусамостоятельныя государства не могутъ заключать трактатовъ, вѣчно-замиренныя не суть субъекты права войны и пр.

XXX. Политико-юридическая личность государства выражается въ государственной власти, которая имѣетъ свои юридическіе признаки и юридически переходитъ отъ одного лица къ другому (по наслѣдству или по избранію). Эта власть олицетворяетъ собою столь разнообразныя потребности, что она не можетъ оставаться безъ представителя: le roi est mort, vive le roi. На сколько различные органы государственной власти образуютъ особыя юридическія лица, это зависитъ отъ опредѣленій положительнаго права; но повсюду необходимо единое олицетвореніе всѣхъ сторонъ государства. Такъ напр. законодательныя собранія могутъ участвовать въ такомъ олицетвореніи, но сами по себѣ не суть представители государства (*Held*, Staatsr. 422); войско, суды суть политическія лица, но они входятъ въ составъ высшаго лица и не имѣютъ самостоятельнаго бытія, потому что ихъ потребности суть потребности цѣлаго государства.

Такое единство государственной власти нагляднѣе всего видно въ международныхъ отношеніяхъ: здѣсь всѣ народныя силы и органы дѣятельности приводятся къ своему высшему выраженію и открывается ясно, что государственная власть представляется одновременно только однимъ лицомъ: unus plures sustinet personas. Что касается до подчиненныхъ политическихъ властей, то онѣ могутъ быть какъ единоличныя, такъ и коллективныя: къ первымъ относятся административныя власти или должности, ко вторымъ судебныя и законодательныя учре-

жденія (коллегіи), создаваемыя государствомъ и имѣющія политическія задачи. Объ формы равно пригодны для выраженія государственныхъ органовъ и зависятъ отъ характера ихъ функцій, иногда же прилагаются безразлично: судебная власть въ однихъ странахъ имѣетъ коллегіяльную форму, въ другихъ единоличную, хотя существо ея не измѣняется.

При коллегіяльности государственныхъ учрежденій, ихъ характеръ, какъ юридическихъ лицъ, стоитъ внѣ всякаго сомнѣнія Но и при единоличномъ представительствѣ открывается очевидно отдѣльное бытіе юридическаго лица: политическая власть представителя не смѣшивается съ семейною, его частное имущество съ общественнымъ (государево и государственное), смерть его не уничтожаетъ юридическаго лица и т. д.

Такія юридическія лица съ политическимъ значеніемъ, представляемыя однимъ лицомъ, носятъ названіе въ англійскомъ правѣ sole corporation.

Олицетвореніе государства носитъ названіе исполнительной власти. Она есть вершина законодательства и глава управленія; она дѣйствуетъ самостоятельно въ качествѣ главы войска, при изданіи распоряженій, въ объявленіи осаднаго положенія, при помилованіи. *Stein*, Verw. I. 89. Sie ist die That des Staats in höchster und wichtigster Bedeutung. *Id* 31. — Какъ скоро служащій совершилъ что-либо вопреки своей должности, то возможенъ частный искъ объ убыткахъ. Но за все, что́ сдѣлано служащимъ въ предѣлахъ должности, отвѣчаетъ государство. *Id.* 362. — Савинья не считаетъ государей юридическими лицами: если имъ отказывается имущество, то оно поступаетъ не въ пользу государства, а въ пользу того, кто будетъ наслѣдникомъ государя; слѣд. собственникъ есть только persona incerta. *Savigny*, Syst. II. 376. Подобный примѣръ представляютъ завѣщанія или награды: священнику, который будетъ хоронить, лицу, которое доставитъ потерянную вещь и пр. Въ этихъ случаяхъ дѣйствительно можно говорить только о persona incerta: но представители власти

получаютъ и другія права, принадлежащія не имъ лично, а той потребности, которой они удовлетворяютъ; эти права прекращаются съ прекращеніемъ представительства. — Блунчли называетъ государей и посланниковъ *посредствующими* международными лицами, государства же непосредственными. *Bluntschli*, Vr. 67.

XXXI. Корпорація (corpus, collegium, universitas) есть такое юридическое лицо, которое представляется нѣсколькими физическими лицами, но такъ, что его право остается недѣлимымъ; оно вытекаетъ изъ потребностей государства, служитъ органомъ его управленія, а потому не составляетъ суммы правъ представителей. Таковы напр. университеты, земство, церковь, монастыри, сословныя корпораціи и проч. По отношенію къ данной потребности, члены корпораціи не суть отдѣльныя лица; они не могутъ, даже по общему согласію, измѣнить цѣль юридическаго лица, но обязаны выполнять ее такъ, какъ она дана ему отъ государства. Поэтому корпорація, какъ таковая, не можетъ совершать преступленія; ея долги не падаютъ на ея членовъ ни pro rata, ни in solidum: въ ней выражается *матеріяльное* единство членовъ. Только въ тѣхъ отношеніяхъ, которыя не служатъ основою корпораціи, ея члены могутъ быть представлены отдѣльно отъ нея; напр. они могутъ завѣщать корпораціи, могутъ спорить съ нею объ имуществѣ. При уничтоженіи корпораціи, ея средства не переходятъ къ членамъ, а продолжаютъ служить для удовлетворенія потребности, ради которой корпорація существуетъ.

Характеристическая черта корпораціи, какъ юридическаго лица, говоритъ Унгеръ, состоитъ въ томъ, что она есть идеальный, стоящій выше отдѣльныхъ членовъ, отъ нихъ отличный и самостоятельный субъектъ правъ. *Unger*, I. 332. Общая воля всѣхъ представителей корпораціи не составляетъ еще ея воли, но нужна юридическая фикція, чтобы считать ее таковою. Во Франціи не существуетъ сословныхъ корпорацій съ государственными права-

ми; поэтому юридическія лица имѣютъ характеръ только хозяйственный. Въ Германіи государственныя юридическія лица сохранились отъ эпохи сословнаго государства; въ Баваріи юридическія лица охраничиваются церковными корпораціями, благотворительными учрежденіями и университетами.

XXXII. Хозяйственное единство олицетворяется въ формѣ единаго нераздѣльнаго цѣлаго и въ формѣ коллективной дѣятельности имущественной. Въ первомъ случаѣ признаются юридическими лицами конкурсъ, опека, haereditas jacens; во второмъ товарищества или общества.

Конкурсъ надъ несостоятельнымъ должникомъ, опека надъ малолѣтними, расточителями и проч. представляютъ собою хозяйственное единство, которое вступаетъ въ юридическія отношенія нераздѣльно; наслѣдство, до принятія его наслѣдникомъ, есть также видъ опеки, которая установляется силою закона. Во всѣхъ этихъ случаяхъ субъектъ, неизвѣстный, не имѣющій дѣеспособности или лишенный ея (несостоятельный должникъ) предполагается дѣйствующимъ въ области права, какъ одно лицо, которое получаетъ права и исполняетъ обязанности и вообще пользуется своимъ особымъ юридическимъ положеніемъ. Такъ напр. будущій наслѣдникъ, несостоятельный или малолѣтній суть субъекты правъ, представляемые другими во всемъ, что касается дѣеспособности. Относительно малолѣтнихъ это значеніе субъекта очевидно; но и въ конкурсѣ субъектомъ остается несостоятельный должникъ въ своихъ имущественныхъ отношеніяхъ, по скольку они подверглись юридическому ограниченію. Представители такихъ юридическихъ лицъ не смѣшиваются съ ними, имѣютъ свое отдѣльное положеніе въ области права, съ перемѣною ихъ само юридическое лицо не измѣняется, продолжаетъ быть субъектомъ правъ и обязанностей до тѣхъ поръ, пока не бу-

детъ удовлетворена потребность, ради которой оно существуетъ: конкурсъ до исполненія обязательствъ, опека до совершеннолѣтія и пр.; какъ скоро прекращается ограниченіе дѣеспособности, выступаетъ снова то физическое лицо, которое оставалось скрытымъ субъектомъ.

Въ нашей судебной практикѣ Высочайше установленныя попечительства признаются юридическими лицами. Конкурсныя управленія имѣютъ то же значеніе. Нѣкоторые писатели не считаютъ haereditas jacens юридическимъ лицомъ: субъектъ права здѣсь будущій наслѣдникъ, подобно тому, какъ въ praedium dominans субъектомъ должно считать владѣльца имущества. Макензи относитъ haereditas jacens къ категоріи sole corporations. *Mackenzie*, 158.

XXXIII. Товарищества (societates) суть такія юридическія лица, которыя представляютъ собою совокупность (аггрегатъ) правъ отдѣльныхъ физическихъ лицъ. Поэтому внѣ членовъ своихъ юридическое лицо не существуетъ, и каждому члену принадлежитъ часть правъ цѣлаго. Здѣсь выражается *формальное* единство (*Unger*, I. 333), которое можетъ быть уничтожено по взаимному соглашенію и разложено на свои составныя части: средства, принадлежащія цѣлому, дѣлятся между членами ipso jure (ликвидація). Сюда относятся клубы, художественныя, музыкальныя общества, частные банки и т. под.

Въ товариществахъ (Gesellschaften) можетъ происходить соединеніе имущественныхъ правъ на различныхъ основаніяхъ: *товарищество полное* (offene Gesellschaft) есть соединеніе всего имущества для извѣстнаго предпріятія; *товарищество на вѣрѣ* бываетъ тогда, когда для извѣстнаго предпріятія одни лица вступаютъ всѣмъ имуществомъ, другія же частью (Commandit-gesellschaft), или же когда лица даютъ свой капиталъ на существующее предпріятіе (stille Gesellschaft). — Общество есть свободное соединеніе многихъ лицъ для достиженія общихъ цѣлей, при помощи общихъ силъ и средствъ. *Snell*, 163. — Во французскомъ и италіянскомъ кодексахъ признается два вида общихъ товариществъ: собственностью товарищества считаются или только доходы отъ

предпріятія, или же вмѣстѣ съ доходами и все наличное имущество членовъ. Code Nap. 1835 Cod. civ. 1,700.

XXXIV. Средину между корпораціями и товариществами занимаютъ акціонерныя и другія соединенія, въ которыхъ каждый представитель имѣетъ свои отдѣльныя права, но не можетъ выдѣлить ихъ изъ права цѣлаго юридическаго лица. Таковы товарищества по участкамъ или на акціяхъ, общины, гильдіи, цехи, въ Германіи Genossenschaften, во Франціи анонимныя общества, въ Англіи joint-stock companies limited (by schares). Идеальная часть каждаго члена выражается въ акціяхъ, но составляемый изъ нихъ капиталъ есть общее нераздѣльное цѣлое.

Юридическое положеніе такихъ соединеній объясняется ихъ двоякимъ характеромъ: съ одной стороны они имѣютъ хозяйственныя цѣли, съ другой удовлетворяютъ потребностямъ государственнымъ; выгода имущественная соединяется здѣсь съ политическою функціею.

Унгеръ называетъ компаніи коллективными лицами (I. 330); другіе нѣмецкіе писатели (Безелеръ, Рено, Блунчли, Арнольдъ) принимаютъ терминъ Genossenschaften. Какъ этотъ терминъ, такъ и признаніе вообще особой формы юридическихъ лицъ, средней между корпораціями и товариществами, составляютъ предметъ спора между романистами и германистами: Римляне признавали только двѣ формы коллективныхъ лицъ, — universitas et societas v. communio; такъ называемыя Genossenschaften были имъ неизвѣстны и получили развитіе преимущественно на почвѣ германской. Безелеръ принимаетъ два вида ихъ: общины и Genossenschaften въ тѣсномъ смыслѣ; къ послѣднимъ онъ относитъ рыцарскіе ордена, союзы городовъ, высшіе дворянскіе роды, масоновъ, терпимыя секты, церковные приходы, библейскія общества, общества взаимнаго застрахованія и пр. Штейнъ считаетъ Genossenschaft однимъ изъ видовъ Verein, т. е. административнаго единенія: въ немъ задача указывается государствомъ, а достиженіе цѣли зависитъ отъ участія всѣхъ. *Stein*, Verw. IV. 107.

XXXV. Наконецъ юридическимъ лицомъ можетъ быть учрежденіе съ нравственною цѣлью, для выполненія которой даются опредѣленныя средства. Сюда относятся: богоугодныя заведенія, публичные музеи, пріюты, больницы и пр. Богоугодныя и благотворительныя учрежденія (pium corpus, pia causa) олицетворяютъ собою жертвователей или основателей, а въ случаѣ ихъ неизвѣстности— верховную власть, какъ fundator perficiens. Имущество не можетъ быть субъектомъ права; оно служитъ только средствомъ, а самое удовлетвореніе потребности принадлежитъ непремѣнно лицу. Поэтому государство, какъ средоточіе всѣхъ нравственныхъ потребностей, является собственникомъ, хотя и условнымъ, имущества, назначеннаго на дѣла благотворенія: при закрытіи больницъ, при секуляризаціи церковной собственности, имущество переходитъ къ государству. Но пока учрежденіе существуетъ, оно обязано удовлетворять возложенной на него потребности или цѣли: пріютъ и больница пріобрѣтаютъ и становятся собственниками лишь на столько, на сколько матеріяльныя средства необходимы для ихъ дѣятельности.

По мнѣнію Унгера, въ pia causa (Stiftungen) субстрактомъ служитъ имущество, которое имѣетъ значеніе юридическаго лица: для цѣлей благотворенія каждому предоставляется передать средства опредѣленному лицу (физическому и юридическому), или же оставить имущество и искать для него олицетворенія; во всякомъ случаѣ субъектами здѣсь нельзя считать ни бѣдныхъ, ни цѣль, ни лицо основателя. *Unger*, I. 348. — Олицетвореніе имущества признаетъ и Вальтеръ (Enc. 135).—Іерингъ признаетъ субъектами права въ учрежденіяхъ неопредѣленное множество лицъ, напр. больные, а не госпиталь, любителей искусства, а не музей суть субъекты. *Ihering*, II. 393. Другіе считаютъ субъектомъ юридическое понятіе. *Pfeiffer*, 122. Ср, *Александровъ*, 113. — У насъ министерство внутреннихъ дѣлъ есть необходимый и общій представитель благотворительныхъ учрежденій, (дѣло о духовномъ завѣщаніи Шодчина въ Суд. Вѣст. 1868). — Наглядно значеніе жертвователей, какъ субъектовъ, выражается въ томъ, что воля

ихъ считается неизмѣнною и должна быть выполнена. Этого мнѣнія держится Пухта: имущество въ учрежденіяхъ дѣйствуетъ personae vice, оно носитъ въ себѣ личность. *Puchta*, Pand. 659.

XXXVI. Юридическія лица существуютъ до тѣхъ поръ, пока существуетъ удовлетвореніе лежащей въ ихъ основѣ потребности. Они прекращаютъ свое бытіе или по достиженіи цѣли, или чрезъ выходъ или смерть всѣхъ представителей, или наконецъ вслѣдствіе отнятія правъ (юридическаго признанія).

Первый случай прилагается только къ такимъ юридическимъ лицамъ, которыхъ цѣль временная или оказывается недостижимою, по недостатку средствъ. Такъ напр. товарищества для постройки мостовъ, желѣзныхъ дорогъ, опека и т. под. имѣютъ временное бытіе, общества промышленныя ликвидируютъ свои дѣла, когда не въ состояніи достигать матеріяльныхъ цѣлей.

Отсутствіе представителей прекращаетъ бытіе юридическаго лица лишь подъ условіемъ, что не остается ни одного изъ нихъ; пока существуетъ хотя одинъ представитель, существуетъ и юридическое лицо: si universitas ad unum redit, magis admittetur posse eum convenire et convenit, cum jus omnium in unum reciderit et stet nomen universitatis.

Наконецъ бытіе юридическаго лица прекращается силою права въ объективномъ смыслѣ, когда опредѣленное единство вообще не признается болѣе субъектомъ правъ, или же статутъ данной корпораціи, компаніи и пр. отмѣняется; напр. въ странѣ уничтожаются монастыри, у компаніи отнимаются права и т. д.

Пухта (Pand. 44) принимаетъ двоякое основаніе прекращенія юридическихъ лицъ: 1) исчезновеніе субъекта, не фактическое, а юридическое; 2) отнятіе у него личности. — Общество Любителей Рос. Словесности существовало много лѣтъ безъ выраженія своей дѣятельности, но не лишалось представителей. Россійско-Американская компанія прекратилась въ 1868 году

ГЛАВА XIII.

Объектъ правъ.

Dankwardt, Nationalökonomie und Jurisprudenz. Rostok, 1859.— *Wappäus*, Zur Lehre von den dem Rechtsverker entzogenen Sachen. Götting. 1867. — *Побѣдоносцевъ*, Курсъ гражданскаго права. Вотчинныя права. 2 тома, Спб. 1868. — *John Stuart Mill*, On liberty. Lond. 1859. — *Lieber* Ueber bürgerliche Freiheit, übers. von Mittermaier. Hdbg. 1860.—*Fischel*, Die Verfassung Englands. 2-te Aufl. Berl. 1864.—*Grotefend*, Das deutsche Staatsrecht der Gegenwart. Berl. 1869.

I. Если право есть власть лица удовлетворять потребностямъ, то объектомъ правъ или предметомъ личныхъ требованій можетъ быть всякое благо, которое служитъ средствомъ и условіемъ удовлетворенія—omnis res condilioque. Внѣшняя природа, человѣческія силы и способности, его умѣнье, опытность и знаніе — все получаетъ цѣну или способность удовлетворять потребностямъ и можетъ послужить основаніемъ и цѣлью юридическихъ отношеній между отдѣльными лицами и обществами.

Объектъ права есть все, въ чемъ право можетъ осуществиться и на что̀ оно можетъ распространяться. *Tolomei*, 43. — Объектъ или предметъ права есть все, что̀ подчиняется власти лица, какъ средство для жизненной цѣли. *Ahrens*, Enc. 602.— Объектъ юридическихъ отношеній составляютъ фактическія блага жизни, которыя признаются и охраняются юридически. *Neuner*, 130. Это суть utilitates: средства отдѣльнаго бытія лица и государства составляютъ блага частной жизни, singulorum utilitas; условія и средства общественной жизни суть publice utilia. Слѣд.

указанное выше раздѣленіе правъ, основанное на существѣ власти, получаетъ также основаніе въ различіи объектовъ.

II. Юридически охраняемыя блага образуютъ имущество въ обширномъ смыслѣ или идеальное имущество (das Vermögen im ideellen Sinne): все, что принадлежитъ лицу, какъ субъекту права, и въ чемъ заключается его власть — universum jus quod quis habet. Идеальное имущество поэтому есть необходимое условіе бытія каждаго лица, какъ таковаго; оно различается только по своему юридическому объему, и лишь рабы остаются безъ имущества, сами входятъ въ составъ его. Безъ идеальнаго имущества или безъ объекта немыслимъ слѣд. ни одинъ субъектъ права: каждый изъ нихъ имѣетъ что-либо въ юридической области, по скольку живетъ и дѣйствуетъ въ ней. Всѣ силы и средства лица, все, что̀ пріобрѣтено лицомъ или дано ему природою и обществомъ, становится юридически охраняемымъ идеальнымъ имуществомъ.

Обыкновенно подъ имуществомъ разумѣются матеріальныя блага «Имущество, говоритъ Глазеръ, есть совокупность тѣхъ благъ матеріяльныхъ, которыми лицо можетъ распоряжаться, или—что̀ тоже самое—сила (Kraft) удовлетворенія, направленная на хозяйственныя блага; имущъ тотъ, кто имѣетъ власть (Macht) распоряжаться предметами и силами природы, служащими для удовлетворенія потребностей лица». *Glaser*, 14. — Миттле называетъ имущество вообще Sache и опредѣляетъ его, какъ äusserer Inhalt der Person. Подъ это понятіе онъ подводитъ: внѣшнее лица или тѣло человѣка; собственно вещи, которыя авторъ подраздѣляетъ на чисто внѣшнія вещи, на духовныя способности и умѣнье, и на дѣйствія; наконецъ нравственное имущество. *Michelet*, I. 151.

III. Имущество становится реальнымъ, когда получаетъ значеніе опредѣленной величины, существующей фактически и признаваемой юридически. Оба условія равно необходимы для понятія о реальномъ имуществѣ: хотя всякое идеальное имущество можетъ получить реальное

выраженіе, сдѣлаться цѣнностью или средствомъ удовлетворенія потребностей, однако право признаетъ или отрицаетъ это выраженіе, смотря по тому, на сколько оно согласно съ творчествомъ жизни или противурѣчитъ ему; такъ напр. нѣкоторые дѣйствія или силы лица хотя и имѣютъ цѣнность, однако не признаются объектомъ правъ (удовлетвореніе чувственности и пр.) Съ другой стороны юридически имущій можетъ фактически оставаться безъ реальнаго имущества: не всѣ лица суть собственники, не всякое право осуществляется въ опредѣленной цѣнности и проч.

Отъ реальнаго имущества отличается дѣйствительное (количественное), въ которомъ выражается имущественная сила лица и которое состоитъ въ опредѣленномъ количествѣ реальнаго имущества, принадлежащаго лицу и находящагося въ его распоряженіи, за вычетомъ всѣхъ его обязательствъ и долговъ: bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno.

Нейнеръ не различаетъ дѣйствительнаго имущества отъ реальнаго; то и другое состоитъ, по его мнѣнію, изъ activa за вычетомъ passiva. *Neuner*, 90. По опредѣленію Унгера, имуществомъ (Vermögen) называется та область, въ которой лицо господствуетъ произвольно, или совокупность правъ лица, имѣющихъ цѣнность. *Unger*, I. 215, 380.

IV. Смотря по той формѣ, въ которой идеальное имущество получаетъ свое реальное выраженіе (объективируется), юридически различаются три категоріи объектовъ права. Такъ, имущество можетъ состоять въ предметахъ внѣшней природы и въ ихъ представителяхъ: это суть вещи въ обширномъ смыслѣ; оно можетъ далѣе реализироваться въ многообразныхъ дѣйствіяхъ лица; наконецъ имущество составляетъ неотъемлемую принадлежность лица и получаетъ реальный характеръ только

въ отрицательной формѣ: существуя идеально, неприкосновенность личная становится предметомъ требованій только въ моментъ нарушенія. Отсюда вещи, дѣйствія и человѣческая личность составляютъ три категоріи объектовъ права, опредѣляемыя въ своей фактической и юридической сторонѣ.

Большинство цивилистовъ не признаетъ человѣческой личности объектомъ права, на томъ основаніи, что она не можетъ быть оцѣнена. Но нельзя не согласиться, что права личности составляютъ имущество лица, хотя и неотчуждаемое; видимымъ образомъ это высказывается въ томъ, что права личности, какъ величина, могутъ быть уменьшаемы, увеличиваемы, они теряются и возстановляются. Существуя идеально, права личности получаютъ реальное выраженіе и не остаются безъ вліянія на размѣръ дѣйствительнаго имущества.

V. Вещи въ значеніи фактическомъ суть части видимой природы, имѣющія опредѣленную форму. Въ юридическомъ смыслѣ подъ это понятіе подходитъ всякое идеальное и реальное имущество, имѣющее положительную цѣнность (свойство удовлетворенія) и охраняемое правомъ.

Въ области права признаются двѣ категоріи вещей. Однѣ изъ нихъ имѣютъ значеніе по своимъ физическимъ свойствамъ, другія же только по своей цѣнности; первыя называются тѣлесными, вторыя безтѣлесными: corporales sunt quae tangi possunt, incorporales sunt quae tangi non possunt (Gajus).

Вещь въ обширномъ смыслѣ есть все, что имѣетъ въ правѣ значеніе предмета (gegenständliche Bedeutung). *Arnts*, 52. — Alles, was von der Person unterschieden ist und zum Gebrauche der Menschen dient, wird im rechtlichen Sinne eine Sache genannt. Австр. код. 285. — Въ прусскомъ кодексѣ вещи опредѣляются такъ: was der Gegenstand eines Rechts oder Verbindlichkeit sein kann. II. 1. — Гермогеніанъ употребляетъ для обозначенія всѣхъ вещей слово pecuniae.

VI. Тѣлесныя вещи суть тѣ, которыя существуютъ какъ особи во внѣшней природѣ и служатъ непосредственно для удовлетворенія потребностей. Это свойство дается вещамъ или природою, или трудомъ человѣка, который, не уничтожая и не создавая матеріи, можетъ придать ей характеръ цѣнности: во всякомъ случаѣ только этотъ характеръ вещей дѣлаетъ ихъ объектами права или имуществомъ. Природа производитъ безконечное разнообразіе формъ, которыя получаютъ значеніе объектовъ права лишь въ той мѣрѣ, въ какой признается ихъ цѣнность: гутта-перча, каменный уголь, минеральныя масла, гуано и проч. сдѣлались объектами правъ только въ недавнее время; равнымъ образомъ въ юридической области получаетъ значеніе не форма вещей, созданная трудомъ человѣка, а ихъ цѣнность.

Поэтому юридически не считаются вещами тѣ предметы, которые не представляютъ собою цѣнности, по своей отдаленности въ пространствѣ или по своей неистощимости: таковы солнце, воздухъ, океанъ. Съ другой стороны на томъ же основаніи всѣ вещи юридически могутъ быть переведены въ цѣнности и выражены въ деньгахъ, по скольку онѣ имѣютъ опредѣленную мѣновую или рыночную цѣну — valeur, vera rei aestimatio.

Спеціяльная цѣна—ratione affectionis—имѣетъ значеніе только при наказаніи; иногда установляется также особенная цѣна, вслѣдствіе связи одной вещи съ другой; напр. потеря лошади разрознаетъ пару или четверню. — Thing is any sensible object, not being a person, which is capable of being perceived repeatedly, or is capable to the sense. *Austin*, II. 22.

VII. Всякая цѣнность, какъ бы мала она ни была, можетъ сдѣлаться средствомъ удовлетворенія, а потому охраняется юридически. Но юридическое понятіе о цѣнности не совпадаетъ съ естественнымъ: существуютъ

цѣнности, которыя не признаются таковыми въ области права и остаются внѣоборотными, res extra commercium.

Однѣ изъ такихъ цѣнностей не считаются объектомъ права безусловно, другія же не пользуются юридическимъ охраненіемъ только въ извѣстной сторонѣ.

Къ первой категоріи относятся тѣ предметы, которые изъяты изъ оборота въ интересахъ жизненнаго творчества и нравственности. Сюда принадлежатъ прежде всего члены человѣческаго тѣла: dominus membrorum suorum nemo videtur; liberum corpus nullam recipit aestimationem. Не только живой человѣкъ, но и человѣческій трупъ не можетъ быть объектомъ права: условія о поставкѣ труповъ въ анатомическіе театры не имѣютъ юридическій силы, а суть простые факты, хотя и не запрещенные (Wappäus, 48). Согласіе самого лица на отсѣченіе его членовъ не можетъ имѣть никакой силы (членовредительство) и запрещается юридически. Исключеніе составляютъ только тѣ части тѣлесной природы человѣка, которыя могутъ быть отдѣлены отъ него безъ уменьшенія его силъ: волосы, зубы (и ногти) суть такіе предметы, которые самъ естественный обладатель ихъ имѣетъ право отдѣлить отъ себя, какъ особыя цѣнности. Равнымъ образомъ скелеты и части скелетовъ признаются юридически цѣнностями, когда выдѣляются изъ трупа и не представляютъ болѣе человѣческаго образа.

Изъ предметовъ, созданныхъ трудомъ человѣка, не признаются цѣнностями тѣ, которые дѣйствуютъ разрушительно на отдѣльныя лица и на цѣлыя общества. Таковы разрывныя пули, отравленное оружіе, такъ называемыя духовыя ружья, фальшивыя бумаги и деньги и т. п. Изъятіе ихъ изъ юридическаго оборота утверждается положительными соглашеніями и законами; основаніе же

такого изъятія заключается въ существѣ права, охраняющаго лишь творчество жизни.

VIII. Вторую категорію внѣоборотныхъ тѣлесныхъ вещей образуютъ тѣ предметы, которые вообще признаются объектами права, но не могутъ быть таковыми въ опредѣленныхъ юридическихъ отношеніяхъ или для извѣстныхъ лицъ.

Такъ, вещи церковныя (res sacrae, sanctae) суть объекты права собственности не только общественной, но и частной (домовыя церкви). Онѣ удовлетворяютъ потребностямъ человѣка, но не безусловно, и на этомъ основаніи только извѣстный способъ удовлетворенія охраняется правомъ. Такъ, всякое пользованіе церковными вещами, не согласное съ ихъ высокимъ значеніемъ (profanus usus), запрещается; напр. превращеніе храмовъ въ магазины, взиманіе платы за входъ въ церковь и пр. По степени важности и значенія церковныхъ вещей, онѣ подраздѣляются на священныя (consecratae) и освященныя (benedictae), и только первыя стоятъ внѣ юридическаго оборота.

Въ Уложеніи о Наказаніяхъ (221, 222) къ *священнымъ* предметамъ отнесены: потиры, дискосы, дарохранительницы, при проскомидіи употребляемыя лжицы, копья, кресты, евангелія, образа, мощи, антиминсы, покрывала съ священныхъ сосудовъ, одежды съ престоловъ и жертвенниковъ; *освященныя* вещи суть: купели и другія большія чаши для водоосвященія, ковши, кропила, одѣянія съ налоевъ, ризы, кадила, паникадила, богослужебныя книги, кромѣ евангелій и пр. — По различію взгляда на храмы, ихъ изъятіе изъ оборота имѣетъ различныя степени: у католиковъ храмъ становится священною вещью чрезъ consecratio, у протестантовъ чрезъ dedicatio. По мнѣнію многихъ, церкви можно употреблять для духовныхъ концертовъ, для цѣлей искусства и науки, особенно для раздачи ученыхъ степеней. *Wappäus*, 63. Кладбища по каноническому праву считаются наравнѣ съ церквями; право собственности на части тѣхъ и другихъ недопускается,

но право пользованія существуетъ: jus utendi subselliis ecclesiasticis и jus sepulturae. Въ римскомъ правѣ внѣоборотность священныхъ вещей основывалась на томъ, что res sacra non recipit aestimationem; у новыхъ народовъ основаніемъ служитъ религіозное чувство. Части мощей не могутъ быть продаваемы, но ихъ можно дарить и завѣщать. У насъ иконы не могутъ быть обращаемы въ публичную продажу и не подвергаются аресту; но въ ризахъ на иконѣ металлъ составляетъ особую цѣнность (Уст. Гр. Суд. 973, 1043).

IX. Судоходныя рѣки и государственныя дороги не считаются объектами права собственности, но на нихъ распространяется территоріяльная власть государства; пользованіе ими уступается всѣмъ лицамъ; но никто въ отдѣльности не можетъ требовать, чтобы та или другая дорога была сдѣлана государственною, чтобы выдано было вознагражденіе за прекращеніе проѣзда, чтобы построены были дороги и т. п. Государство, въ силу своей территоріяльной власти, имѣетъ право надзора за дорогами, охраняетъ одинаковое пользованіе ими и приложеніе закона, но не дѣлаетъ ихъ предметомъ своей собственности.

Этимъ отличаются рѣки и дороги отъ крѣпостей, музеевъ, государственныхъ желѣзныхъ дорогъ и другихъ предметовъ, составляющихъ собственность государства или частныхъ лицъ и подлежащихъ продажѣ.

Римляне различали res fiscales in patrimonio populi отъ res in publico usu; въ средніе вѣка объ категоріи вещей соединились въ одномъ понятіи о регаліяхъ; въ новое время снова выступило раздѣленіе римское. Для обозначенія общаго пользованія стали употреблять слово domaine public; италіянскій кодексъ (427) относитъ сюда: дороги, морской берегъ, гавани, бухты, рѣки, ворота, стѣны, рвы, укрѣпленія и крѣпости. У насъ (Св. Зак. X. 406) называются безразлично государственными или казенными имуществами какъ казенныя земли, лѣса, зданія, заводы, такъ и морскіе берега, озера, судоходныя рѣки и ихъ берега, большія

дороги. Затѣмъ (ст. 434) относительно большихъ дорогъ и водяныхъ сообщеній сказано, что онѣ составляютъ общее пользованіе всѣхъ безъ изъятія. Безспорно, отношеніе государства къ публичной собственности и государственной не тождественны. *Wappäus*, 112.

X. Наконецъ существуютъ предметы, которые не могутъ быть объектомъ правъ извѣстныхъ лицъ или составлять цѣль и содержаніе сдѣлокъ; исключеніе такихъ вещей изъ юридическаго оборота основывается на политическихъ или финансовыхъ соображеніяхъ. Такъ напр. въ нѣкоторыхъ странахъ существуетъ запрещеніе иностранцамъ и Евреямъ владѣть недвижимыми имуществами; вообще государство имѣетъ исключительное право на регаліи, на фейерверки и порохъ; запрещается отчуждать имущества монастырямъ (мертвая рука), продавать хлѣбъ на корнѣ, пожалованные ордена, картины на вывозъ (въ Венеціи) и проч. Эти и подобные предметы въ сущности не находятся внѣ юридической области, но ихъ оборотъ подчиняется опредѣленнымъ условіямъ.

Въ прежнее время всѣ имущества, принадлежавшія церквямъ, стояли внѣ гражданскаго оборота, считались main morte. У насъ церкви и монастыри могутъ пріобрѣтать имущества только съ Высочайшаго соизволенія. Св. Зак. X. 1429.

XI. Каждая тѣлесная вещь имѣетъ цѣнность, по скольку она удовлетворяетъ потребностямъ лица или служитъ ему. Такое свойство вещи естественно связано съ нею, но оно можетъ быть отдѣлено отъ самаго предмета и составить особое имущество. Такъ напр. цѣлый рядъ служебныхъ услугъ извѣстной вещи образуетъ повинность, опредѣленная услуга выражается въ правѣ пользованія и проч. Всѣ цѣнности, представляющіяся отдѣльно отъ тѣлесныхъ или физическихъ вещей (quo ad corpus), суть мыслимыя или безтѣлесныя вещи (chattels).

Сюда относятся самыя разнообразныя выраженія цѣнностей, существующихъ отдѣльно отъ самаго предмета

и составляющія права лица на удовлетвореніе при помощи вещей.

Такъ напр. видъ на картину или на пейзажъ, слушаніе музыки, плаваніе по рѣкѣ, просвѣтъ и т. п. составляютъ цѣнность безтѣлесную; кредитъ лица, рынокъ извѣстнаго народа, цѣна дома, передаваемая должникомъ кредитору при залогѣ и пр. относятся также къ этой категоріи; дозволеніе торговать на извѣстномъ рынкѣ или открытіе рынка для всѣхъ (свободная торговля) составляютъ безспорно цѣнность, равно какъ кредитъ государственный и частный (гарантія и поручительство).

Нагляднѣе всего различіе тѣлесной и безтѣлесной вещи представляется въ вопросѣ о литературной собственности: покупающій книгу получаетъ право усвоить себѣ мысли автора, научиться или наслаждаться всѣмъ, что̀ заключается въ книгѣ; но онъ не можетъ размножать ея экземпляры въ томъ видѣ, въ какомъ книга создана авторомъ.

Всѣ преемственныя акты служенія вещи Римляне соединили въ одно цѣлое подъ именемъ повинностей. *Dankwardt*, N. O. II. 19.—Унгеръ (I. 359) говоритъ о видѣ на картину или ландшафтъ, что это есть nicht eine unkörperliche Sache, sondern ein unkörperliches Ding. — Что кредитъ составляетъ имущество, это доказывается жалобами на тѣхъ, кто подрываетъ кредитъ частныхъ лицъ, и преслѣдованіе нарушителей общественнаго кредита; исчезнувшій или потерянный кредитъ можетъ быть пріобрѣтенъ вновь и т. п.; при отсутствіи наказаній за несостоятельность, кредитъ болѣе и болѣе получаетъ характеръ реальнаго имущества.—Въ нашихъ законахъ имущества раздѣляются на наличныя и долговыя (Св. Зак. X 416). Наличное имущество составляетъ впрочемъ не только все, что̀ владѣльцу укрѣплено и за нимъ состоитъ, но также *тяжбы*; имущество долговое есть то, которое принадлежитъ намъ по обязательствамъ, и всѣ *иски*. Тяжбы и иски признаются здѣсь принадлежностями; но за этимъ исключеніемъ, понятіе о наличномъ и долговомъ имуществѣ подходитъ подъ понятіе о тѣлесныхъ и безтѣлесныхъ вещахъ. Иного мнѣнія *Побѣдоносцевъ*, I. 32.

XII. Существеннымъ и общимъ признакомъ вещей, какъ тѣлесныхъ, такъ и безтѣлесныхъ, служитъ то, что онѣ имѣютъ оборотную цѣнность. Эта цѣнность заключается или въ индивидуальныхъ признакахъ тѣлесной вещи, которыми она отличается отъ другихъ вещей, или же въ ея общей способности удовлетворять потребностямъ лица. На этомъ основано раздѣленіе вещей на индивидуальныя и родовыя. Первыя (species, certum corpus) суть такія, которыя опредѣлены въ своихъ особыхъ, имъ исключительно принадлежащихъ признакахъ; родовыя вещи (genus, incertum corpus) имѣютъ общіе признаки, которые различаются только по своему качеству и количеству: quae pondere numero, mesura consistunt, quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem magis, quam specie (Paulus). Поэтому родовыя вещи тождественны другъ другу и могутъ быть представлены или замѣнены одна другою (vertretbare Sachen, fungibiles).

Это раздѣленіе соотвѣтствуетъ въ хозяйственномъ смыслѣ различнымъ формамъ, въ которыхъ вещи удовлетворяютъ потребностямъ лица. Такъ, однѣ изъ вещей исчезаютъ отъ употребленія, то есть теряютъ свой прежній видъ, другія же служатъ лицу, не измѣняя этого вида; поэтому первыя называются потребляемыми или тлѣнными, quae usu consumuntur vel minuuntur, — вторыя же нетлѣнными.

Юридическія категоріи вещей не вполнѣ совпадаютъ съ естественнымъ ихъ положеніемъ. Такъ, юридически и естественно не одинаково понятіе о тлѣнности: платье признается непотребляемымъ, деньги же потребляемыми, потому что они служатъ лицу не своею формою, чисто случайною, а внутреннею цѣнностью. Съ другой стороны юридически всякая вещь можетъ быть замѣнена ея

цѣною, но въ родовыхъ вещахъ эта замѣна составляетъ общее правило, въ индивидуальныхъ же замѣна имѣетъ характеръ случайности, а потому необходимо особое опредѣленіе цѣны вещи или наказаніе за ея потребленіе. Примѣромъ могутъ служить деньги, въ которыхъ соединяется двоякое свойство: они суть corpus certum, какъ монета, и corpus incertum, какъ сумма. Если деньги даются взаймы, то они потребляются, теряютъ свою форму и должникъ обязанъ возвратить ихъ in genere; если же монета дается на сохраненіе, то она должна быть возвращена in specie, безъ перемѣны своей формы,— въ противномъ случаѣ виновный подвергается наказанію.

Во французскомъ правѣ употребляется выраженіе choses fongibles (Code Nap. 1291). Австрійскій и прусскій кодексы говорятъ о вещахъ *потребляемыхъ*; во французскомъ и италіянскомъ также различаются вещи, которыя уничтожаются отъ употребленія, отъ тѣхъ, которыя не уничтожаются (Code Nap. 587. Cod. ital. 483). У насъ однѣ вещи признаются «скорому тлѣнію и другимъ тратамъ подверженными», другія же тлѣнію не подверженными (Св. Зак. X. 277), причемъ въ основаніе принято только естественное свойство ихъ.—Терминъ fungibilis введенъ въ средніе вѣка и заимствованъ изъ приведеннаго выше опредѣленія Павла (отъ слова functiones): una fungitur vice alterius; юридически-тлѣнныя вещи суть родовыя; Савиньи называетъ ихъ Quantitäten (Syst. VI. 123); другіе различаютъ количества (н. п. куль муки) и genera (н. п. лошадь).

XIII. Форма, въ которой существуютъ вещи въ природѣ или представляются юридически, опредѣляетъ ихъ отдѣльное бытіе, какъ объектовъ права. При этомъ вещь становится объектомъ права или независимо отъ прочихъ, или же въ связи съ другими вещами. Такъ является понятіе о простыхъ и сложныхъ вещахъ.

Простыми (res singulae) въ юридическомъ смыслѣ признаются не только вещи, существующія отдѣльно въ природѣ (металлы, растенія, животныя — res continuae),

но и соединенныя естественно или механически руками человѣка (res unitae v. compositae, н. п. домъ, корабль).

Такъ какъ вещи служатъ объектами права въ значеніи цѣнностей или средствъ удовлетворенія потребностей, то онѣ не могутъ быть раздѣлены на свои составныя части, если безъ этихъ частей теряютъ характеръ цѣнностей. Поэтому могутъ быть случаи того, что по природѣ или фактически составныя вещи считаются юридически простыми. Такъ напр. нельзя отдѣлить отъ часовъ ихъ колесъ и пружинъ, домъ не мыслимъ безъ оконъ и дверей.

Это основаніе прилагается ко всякаго рода вещамъ, которыя не имѣютъ самостоятельнаго бытія, а служатъ придаткомъ или наростомъ (accesio) другихъ. Земля удовлетворяетъ потребностямъ, по скольку она производитъ деревья и растенія, дерево имѣетъ цѣнность, по скольку производитъ плоды, одною изъ служебныхъ сторонъ денегъ служитъ произведеніе ими процентовъ. Поэтому растенія на корнѣ, плоды на деревьяхъ (fructus pendentes), еще не полученные проценты (fructus civiles), вѣтеръ, движущій мельницу и проч. не составляютъ отдѣльнаго объекта правъ, а неразрывно связаны съ другими вещами: accessio cedit principali.

Части составной вещи называются придаточными вещами, Nebensachen, Zuwachs. *Unger*, I. 429. Кто владѣетъ главною вещью, тому принадлежитъ и придаточная, съ передачею первой передается и вторая. Проценты представляютъ собою наростъ капитала; но проценты за прошедшее время разсматриваются какъ отдѣленные плоды, потому что предполагается немедленное образованіе изъ нихъ особаго капитала. При продажѣ акцій и облигацій уже наросшіе проценты не передаются безъ особаго о томъ условія.

XIV. Сложныя вещи суть тѣ, которыя состоятъ изъ нѣсколькихъ самостоятельныхъ цѣнностей, физически не связанныхъ между собою, но юридически представляю-

щихъ одно цѣлое. Такая universitas rerum въ обширномъ смыслѣ (Sachgesammtheit) имѣетъ нѣсколько степеней, смотря по тому, какія вещи (тѣлесныя и безтѣлесныя) соединяются подъ одно понятіе (nomen).

Такъ, прежде всего соединяются основныя вещи и принадлежности (pertinentia, Zugehör). Принадлежности хотя имѣютъ отдѣльную цѣнность или юридическое бытіе (propriam et separatam conditionem), однако связываются съ основною вещью, придавая послѣдней не общую, а спеціяльную цѣнность. Напр. громовой отводъ, садъ, колодезь, конюшня служатъ принадлежностью дома, рамка принадлежностью картины, лугъ принадлежитъ къ полю и т. д.: и безъ этихъ вещей основная вещь удовлетворяетъ потребностямъ, но отъ нихъ она получаетъ большую силу удовлетворенія.

Имѣя самостоятельную цѣнность, принадлежности могутъ быть отдѣлены отъ основной вещи: лѣсъ можно продать отдѣльно отъ земли; но если такого отдѣленія не послѣдовало, то существуетъ praesumtio juris et de jure, что принадлежность и основная вещь составляютъ одно цѣлое. Поэтому необходимо юридическое опредѣленіе того, что̀ считать принадлежностью. Основаніемъ для этого признается служебная связь между вещами, въ силу которой одна служитъ постояннымъ интересамъ другой, ея цѣлью или способомъ удовлетворенія; опредѣленія положительнаго права въ этомъ вопросѣ зависятъ отъ хозяйственныхъ условій народа и различаются между собою.

По австрійск. гражд. кодексу (296) принадлежностью земли признаются рогатый скотъ и хозяйственныя орудія; но запасы хлѣба, деньги, платье не суть принадлежности. У насъ въ ст. 424-й X-го тома Св. Зак. сказано: «по праву полной собственности на землю, владѣлецъ ея имѣетъ право на всѣ произведенія на поверхности ея, на все, что̀ заключается въ нѣдрахъ ея, на воды, въ предѣлахъ ея находящіяся, и *словомъ* на всѣ ея при-

надлежности.» Принадлежности земель признаются: строенія, дворы, мельницы, мосты, перевозы, плотины и гати; принадлежности фабрикъ: постройки, посуда, инструменты, земли, лѣса, покосы, руды, соляные разсолы и всѣ вещества ископаемыя; принадлежности домовъ: части оныхъ, составляющія внутреннюю и наружную отдѣлку, и тѣ украшенія, которыя невозможно отдѣлить отъ зданія безъ поврежденія; принадлежности заповѣдныхъ наслѣдственныхъ имѣній: фамильныя бумаги, драгоцѣнности, или произведенія искусствъ, собранія рѣдкостей, книгъ и тому подобныя, именно въ актѣ таковыхъ имѣній означенныя; наконецъ принадлежностями недвижимыхъ имуществъ признаются акты и всѣ документы на владѣніе ими. Св. Зак. X. 386-391. По рѣшенію суда, перегной и парники признаны принадлежностью огорода. Суд. Вѣст. 1868. — Юридическое положеніе принадлежностей заключается въ слѣдующемъ: принадлежность можетъ быть отчуждаема особо; принадлежности основной вещи, бывшія въ моментъ отчужденія, переходятъ съ нею, но все, что́ привзошло впослѣдствіи, не слѣдуетъ судьбѣ основной вещи, н. п. не подлежитъ залогу; принадлежности движимыя не имѣютъ характера недвижимыхъ, хотя и соединены съ послѣдними.

XV. Плоды отдѣленные (fructus separati) суть органическія произведенія тѣлесныхъ вещей (плодъ и приплодъ), которыя не только имѣютъ самостоятельное бытіе, но не уменьшаютъ ни общей, ни спеціяльной цѣнности этихъ вещей: таковы проценты за прошлое время, снятый хлѣбъ, фабричныя издѣлія и проч. Этимъ плоды отличаются отъ принадлежностей и наростовъ (напр. деревья не суть плоды земли). Они образуютъ отдѣльную простую вещь и становятся внѣ всякой связи съ тою вещью, которая послужила естественною причиною ихъ появленія: юридически плоды и плодоносящая вещь (напр. животное) разсматриваются какъ двѣ простыя (несложныя) вещи; поэтому н. п. при продажѣ они должны быть поименованы особо.

«Плодъ есть *новая* вещь, отдѣляющаяся отъ вещи прежде существовавшей. Неточно было бы поэтому причислять къ пло-

дамъ земли кладъ, къ плодамъ лѣса пойманныхъ звѣрей, къ плодамъ отъ убитаго животнаго снятую съ него кожу. Отдѣленіе плода предполагается физическое: это физическое отдѣленіе должно быть натуральное, органическое » *Побѣдоносцевъ*, I. 19. Многіе не признаютъ процентовъ плодами. Но уже наросшіе проценты подходятъ вполнѣ подъ общее понятіе о плодахъ: отдѣленіе ихъ уменьшаетъ капиталъ количественно, но не качественно; они способны образовать особый капиталъ; о нихъ всегда упоминается особо, напр. въ судебныхъ приговорахъ.

XVI. Сложныя вещи (zusammengedachte) представляются далѣе какъ universitas facti, т. е. соединеніе нѣсколькихъ простыхъ вещей, не связанныхъ между собою естественно, но разсматриваемыхъ какъ одно цѣлое. Таковы напр. стадо, библіотека, лавка товаровъ. Право признаетъ здѣсь фактическое единство простыхъ вещей въ извѣстный моментъ, такъ что объектомъ юридическихъ отношеній служатъ здѣсь эти вещи, а не общее: такъ напр. при продажѣ или завѣщаніи стада или библіотеки пріобрѣтаются всѣ овцы или книги, которыя въ моментъ исполненія сдѣлки входили въ составъ universitas, но все, что̀ привзошло потомъ къ ней, не подлежитъ передачѣ; наоборотъ, при такой продажѣ библіотека не можетъ быть уменьшена впослѣдствіи. Другой признакъ universitas facti состоитъ въ слѣдующемъ: единство имѣетъ характеръ фактическій (nomen facti), а потому оно касается только тѣлесныхъ вещей и не мыслимо безъ ихъ дѣйствительнаго существованія, хотя самыя вещи могутъ быть однородныя и неоднородныя (послѣднее н. п. въ приданомъ). Такимъ образомъ при залогѣ всего существующаго имущества разумѣются только наличныя вещи, но не тѣ, которыя находятся въ долгахъ; приданое составляютъ вещи, а не права и пр.

Universitas iuris представляетъ собою понятіе о многихъ вещахъ, физически не связанныхъ между собою, но имѣющихъ одно

имя и въ юридическомъ отношеніи разсматриваемыхъ какъ одно цѣлое. *Unger*, I. 471.

XVII. Universitas juris представляетъ собою юридическое единство, или понятіе о совокупности всего имущества лица (juris nomen), которое, какъ таковое, служитъ объектомъ права. Въ немъ совмѣщается не только реальное, но также идеальное имущество, не только положительное, но и отрицательное. Такое единство можетъ существовать даже независимо отъ существованія тѣлесныхъ вещей: etiam sine ullo corpore juris intellectum habet. Вещи, какъ тѣлесныя, такъ и безтѣлесныя составляютъ здѣсь только второстепенный, посредствующій объектъ. Если же онѣ выступаютъ въ качествѣ непосредственныхъ объектовъ, то имущество получаетъ названіе universitas jurium. Подъ понятіе объ universitas juris подводится главнымъ образомъ наслѣдство; это значеніе его выступаетъ съ особенною ясностью послѣ смерти собственника и до принятія наслѣдства новымъ владѣльцемъ: совокупность всѣхъ имущественныхъ правъ умершаго требуетъ представителя, независимо отъ того, существуютъ ли наличныя вещи или нѣтъ. И такъ какъ нельзя себѣ представить лицо внѣ имущественной области, то universitas juris принадлежитъ каждому лицу: даже несостоятельный должникъ оставляетъ послѣ себя haereditas damnosa. Еще полнѣе universitas juris проявляется въ опекѣ: опекунъ охраняетъ не только всѣ права малолѣтняго на реальное имущество, но также его честь, кредитъ и проч. Объектъ государственной власти есть также universitas juris: съ понятіемъ о территоріяльной власти неразрывно связаны многія права и обязанности, совокупность которыхъ переносится на извѣстное лицо. Общее во всѣхъ этихъ проявленіяхъ юридической совокупности имущества есть то, что нераздѣльность цѣлаго

установлена правомъ въ объективномъ смыслѣ: кто принимаетъ наслѣдство, тотъ обязанъ принять и долги послѣ умершаго, хотя бы они превышали наличное имущество. Примѣромъ universitas jurium можетъ служить всякая совокупность правъ на опредѣленное имущество, которая подлежитъ раздѣлу: права взысканія по векселямъ или по извѣстнымъ долговымъ обязательствамъ способны къ соединенію съ правомъ на владѣніе имуществомъ, но способны и къ раздѣленію; законъ не установляетъ между ними необходимаго единства, но оно можетъ возникнуть по волѣ лица, напр. когда завѣщатель передаетъ своему наслѣднику опредѣленное количество правъ и обязательствъ.

Унгеръ принимаетъ только наслѣдство, какъ universitas juris; другіе причисляли сюда же peculium. *Unger*, I 474. — Нейнеръ объясняетъ различіе universitas juris et facti аналогическимъ различіемъ между universitas personarum и societas; въ первомъ существуетъ Einheit, во второмъ Complex. *Neuner*, 101. — Наслѣдство по закону есть совокупность имуществъ, правъ и обязательствъ, оставшихся послѣ умершаго безъ завѣщанія. Св. Зак. X. 1104.

XVIII. Единичность и сложность вещей суть юридическія понятія, не соотвѣтствующія естественнымъ свойствамъ предметовъ. Въ этихъ понятіяхъ выражается всегда цѣнность объектовъ права, какъ необходимое условіе, безъ котораго они перестаютъ быть средствами удовлетворенія. Поэтому вещи, дѣлимыя естественно, юридически недѣлимы, если въ каждой части не сохраняется цѣнность и свойства цѣлаго: si autem sine damno divisio rerum fieri non possit. Такъ, нѣкоторые объекты права признаются неподлежащими раздѣлу, хотя по природѣ подвержены дѣленію: государство, майоратъ, дворъ и проч. Многія res incorporales признаются также нераздѣльными, равно какъ universitas juris.

Съ другой стороны вещи, которыя физически недѣлимы, могутъ подлежать юридическому раздѣлу, какъ цѣнности; напр. лошадь, домъ; доля каждаго лица, которое имѣетъ право на эти вещи, отдѣляется не въ натурѣ (in corpore), а идеально (intellectu): установляется communio pro indiviso. Слѣд. не природа, а право опредѣляетъ, какія вещи суть простыя и какія сложныя не только въ смыслѣ universitas juris но и universitas facti.

Къ имуществамъ нераздѣльнымъ по закону у насъ принадлежатъ фабрика, заводъ, лавка; участки земли государственныхъ крестьянъ - собственниковъ менѣе 8-ми десятинъ; участки, отводимыя по высочайшимъ повелѣніямъ малоимущимъ дворянамъ; майораты и заповѣдныя наслѣдственныя имѣнія; аренды; дворы; крестьянскіе надѣлы; золотосодержащіе пріиски. Св. Зак. X. 394-5. Всѣ обязательства, которыя относятся къ uti frui нераздѣльны. Наслѣдство въ смыслѣ Universalsuccesion признается нераздѣльнымъ: nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest. *Dankwardt*, Stud. 154.

XIX. Наконецъ значеніе вещей, какъ цѣнностей, опредѣляетъ характеръ ихъ подвижности и неподвижности. Основаніемъ для различія вещей недвижимыхъ и движимыхъ служитъ возможность отдѣленія ихъ отъ земли, съ сохраненіемъ цѣнности какъ земли, такъ и этихъ вещей. Такимъ образомъ недвижимою признается земля и все то, что̀ нераздѣльно соединено съ нею физически и юридически: quae immobiles sunt vel esse intelliguntur (Justin.). Дома, водяныя мельницы, все, что̀ находится подъ землею и надъ землею (superficies), или что̀ органически и механически связано съ нею, признается недвижимостью по природѣ, res naturaliter immobiles. Юридически недвижимымъ (res civiliter immobiles) считается все, что̀ составляетъ цѣнность земли: плоды на деревѣ, деньги, назначенныя для улучшенія хозяйства (heirloom въ англійскомъ правѣ), рыба, звѣри въ лѣсахъ и проч.

Fructus pendentes pars fundi videntur. — Водяныя мельницы, устроенныя на лодкахъ, суть движимыя вещи. — Въ англійскомъ правѣ chattels называются real, если простираются на недвижимыя, и personal, если объектъ ихъ движимыя вещи. Во Франціи къ недвижимостямъ, кромѣ земли и ея принадлежностей, отнесены: право пользованія недвижимыми, поземельныя повинности и иски о недвижимыхъ. Code Nap. 526. — По общему германскому праву, права на недвижимое имущество признаются также недвижимыми; по прусскимъ законамъ они суть движимыя. *Heydemann*, I. 142. Въ Австріи хотя и признается за правами вообще характеръ движимой вещи, однако нѣкоторыя права считаются недвижимыми, н. п. патронатъ. *Kirchstetter*, 139.—У насъ недвижимыми имуществами признаются по закону земли и всякія угодья, деревни, домы, заводы, фабрики, лавки; всякія строенія и пустыя дворовыя мѣста. Св. Зак. X. 384. Наличные капиталы, заемныя письма, векселя, выкупныя свидѣтельства, билеты кредитныхъ установленій, закладныя и обязательства всякаго рода принадлежатъ къ имуществамъ движимымъ. Тамъ же, 402.

XX. Движимыя вещи суть тѣ, которыя могутъ быть отдѣлены отъ земли и измѣняютъ свое положеніе въ пространствѣ, безъ перемѣны своей цѣнности и формы. Сюда относятся вещи, движущіеся собственною силою (res se moventes, н. п. животныя), и тѣ, которыя переносятся съ одного мѣста на другое силою человѣка (mobilia). Подъ категорію движимыхъ вещей подводятся всѣ безтѣлесныя вещи, такъ какъ онѣ не имѣютъ еще опредѣленной формы, которая могла бы измѣниться отъ перемѣщенія; изъ вещей же тѣлесныхъ характеръ движимыхъ имѣютъ юридически-простыя вещи, которыя произведены трудомъ человѣка, а также плоды, назначенные къ тому, чтобъ оторваться отъ земли и получить отдѣльное бытіе.

Въ древнегерманскомъ правѣ движимостью (Fahrniss) считалось все, что́ могло быть истреблено огнемъ, н. п. деревянныя постройки: was die Fakel verzehrt ist Fahrniss. Въ Пруссіи всѣ движимости подводятся подъ двѣ категоріи: денегъ, находящихся

на лицо и въ долгахъ, и Effecten. — Кромѣ капиталовъ и обязательствъ, у насъ причисляются къ движимымъ между прочимъ мореходныя и рѣчныя суда, предметы относящіеся къ наукамъ и искусствамъ, руды, металлы и минералы и все то, что изъ земли извлечено. Св. Зак. X. 401. Раздѣленіе движимыхъ и недвижимыхъ у насъ особенно важно потому, что первыя не могутъ считаться родовыми. — Во Франціи различаются biens meubles и meubles meublants; послѣднія суть принадлежности дома, къ первымъ относятся всѣ тѣла, которыя могутъ переноситься съ одного мѣста на другое, а также облигаціи, акціи и ренты, вообще права на движимости; торговыя акціи считаются движимыми только по отношенію къ каждому акціонеру. Code Nap. 529. Тоже Cod. ital. 418.

XXI. Наконецъ тѣлесныя и безтѣлесныя вещи способны представлять собою цѣнность не только въ настоящемъ, но и въ будущемъ. Поэтому будущія вещи (res futurae) могутъ быть также объектомъ правъ. Въ категоріи тѣлесныхъ вещей къ будущимъ относятся тѣ, которыя или вовсе не существуютъ, или хотя и существуютъ, однако не находятся въ обладаніи лица: это суть res speratae. какъ напр. рыба, еще не пойманная, хлѣбъ на корню и проч. Въ значеніи цѣнностей, будущія вещи могутъ составлять объектъ права, хотя въ положительныхъ законодательствахъ иногда это не допускается. И не только будущія несомнѣнныя вещи, но также существующія въ возможности становятся объектомъ права: такъ напр. въ лоттереяхъ покупаются и продаются вѣроятные выигрыши, цѣнность которыхъ зависитъ отъ степени вѣроятія.

Условіемъ, чтобы будущія вещи могли сдѣлаться объектомъ правъ служитъ ихъ отдѣльное реальное бытіе, независящее отъ существованія лица: кто бы ни былъ субъектомъ будущихъ вещей, ихъ цѣнность остается одна и таже. Напротивъ если цѣнность или существованіе ея связано съ лицомъ, она не можетъ сдѣлаться объектомъ юридическихъ отношеній; такъ напр. надежда

будущихъ правъ (rights to chances or possibilities of rights) составляетъ имущество лица идеальное, которое стоитъ внѣ оборота, по скольку его реальное выраженіе зависитъ отъ бытія лица. Такъ spes successionis есть только идеальный объектъ: nemo est haeres viventis; это есть не только будущее имущество, но и такое, которое можетъ остаться всегда идеальнымъ.

Римляне принимали, что будущія вещи не могутъ быть предметомъ вещнаго права и договоровъ: nec emtio nec venditio sine re, quae veneat, potest (Pompon.); но онѣ были объектомъ залога. Во Франціи будущія вещи могутъ быть предметомъ обязательствъ; но нельзя заключать условій о наслѣдствѣ, еще не открывшемся, даже съ согласія того лица, послѣ котораго договаривающійся долженъ наслѣдовать. Code Nap. 1.130—У насъ условіе о продажѣ хлѣба будущаго считается только запродажею и даетъ право требовать неустойки, а не поставки хлѣба или разницы въ цѣнѣ. Дѣло Лызлова и Протасьева. Суд. Вѣст. 1868 № 98.—Продавать дозволяется только то имѣніе, которое состоитъ въ дѣйствительномъ владѣніи, или на которое продавецъ имѣетъ право собственности; посему продажа имущества, которое впредь можетъ принадлежать продавцу по наслѣдству, недѣйствительна. Св. Зак. X. 1389, также 183.

XXII. Таковы различныя категоріи вещей, какъ объектовъ правъ въ ихъ фактической и юридической сторонѣ. Но вещами не ограничиваются средства удовлетворенія потребностей. Лицо и общество нуждаются сверхъ того въ дѣйствіяхъ, какъ своихъ, такъ и чужихъ; они имѣютъ слѣд. право на самодѣятельность и на содѣйствіе, въ которыхъ выражается служебный характеръ личныхъ и общественныхъ силъ. Попеченіе о дѣтяхъ, уходъ за больными, дѣятельность воспитателей, мѣры государства для развитія матеріяльнаго и духовнаго благосостоянія, общественное богослуженіе — всѣ эти виды дѣятельности служатъ объектами права.

Этотъ объектъ не тождественъ съ вещами. Дѣйствіе

имѣетъ характеръ личнаго идеальнаго имущества; оно неосязаемо и получаетъ реальное существованіе не въ настоящемъ, а всегда въ будущемъ: его исполненіе есть вмѣстѣ юридическое уничтоженіе. Поэтому существуетъ власть не *надъ* дѣйствіемъ, а *на* него, т. е. на то, чтобы дѣйствіе было произведено (объективировалось), чтобъ оно исполнилось и себя уничтожило въ смыслѣ предмета требованія.

XXIII. Всѣ дѣйствія, какъ объекты правъ, имѣютъ цѣнность, по скольку они придаютъ производительнымъ силамъ большую крѣпость, соединяютъ и раздѣляютъ ихъ, опредѣляютъ способъ потребленія и проч. Эта цѣнность выражается или непосредственно въ самомъ дѣйствіи или посредственно въ той вещи, которая передается или создается дѣйствіемъ лица. Такъ напр. служба государству, помощь больному, наставленіе, поученіе и пр. принадлежатъ къ первой категоріи; продажа, обмѣнъ имѣетъ напротивъ цѣнность посредствующую: эти дѣйствія совершаются не ради себя, а ради того предмета, который служитъ ихъ содержаніемъ. Но та и другая цѣнность не есть необходима матеріяльная (имущественная), а можетъ имѣть значеніе духовное; н. п. право прихожанъ требовать, чтобы священникъ отправлялъ богослуженіе или право каждаго тяжущагося, чтобы судья разсмотрѣлъ его просьбу составляютъ безспорно средство удовлетворенія потребностей.

Различіе между матеріяльною и духовною цѣнностью соотвѣтствуетъ различію обязательствъ отъ обязанностей. Предметомъ договоровъ могутъ быть только такія дѣйствія, въ которыхъ заключается имущественная сторона хотя для одного контрагента; эта сторона выражается въ томъ, что дѣйствіе можетъ быть замѣнено другимъ

равноцѣннымъ или же переведено на деньги; неисполненіе ихъ влечетъ за собою вознагражденіе. Такъ напр. пѣвица даетъ обязательство пѣть въ пользу директора театра, пастухъ обязывается наблюдать за стадомъ и проч.: ea in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt.

Но объектомъ обязанностей служатъ не только дѣйствія, имѣющія денежную цѣнность (уплата налоговъ), но и такія, которыя этой цѣнности не имѣютъ: обязанность супруговъ жить вмѣстѣ, обязанность родителей воспитывать дѣтей, обязанности политическія относятся къ этой категоріи. Такія дѣйствія не могутъ быть замѣнены деньгами, а должны быть исполнены въ опредѣленной формѣ.

Дѣйствія могутъ быть предметомъ правъ посредственно или непосредственно; непосредственно, когда можно требовать отъ другихъ личныхъ дѣйствій физическихъ или духовныхъ, посредственно же томъ случаѣ, когда лицо доставляетъ другому тѣлесную вещь. Оба рода дѣйствій соединяются въ одномъ понятіи— Leistungen. *Ahrens*, Enc. 611 — Лицо имѣетъ право не на личную, а на имущественную сторону дѣйствія, а потому дѣйствіе можетъ быть замѣнено имуществомъ т. е. цѣною его. *Puchta*, Inst. I. 78. Но это справедливо только относительно договоровъ: дѣйствія, вытекающія изъ обязанностей, не подлежатъ оцѣнкѣ и неисполненіе ихъ имѣетъ уголовный характеръ.

XXIV. Дѣйствія, какъ объектъ правъ, получаютъ положительный и отрицательный характеръ. Въ обѣихъ этихъ формахъ они могутъ составлять цѣнность и вытекаютъ изъ опредѣленнаго юридическаго положенія лица: сохраненіе тайны, недѣланіе шуму, дозволеніе собственнику пользоваться его матеріяльнымъ имуществомъ— все это дѣйствія отрицательныя, которыхъ лицо можетъ требовать отъ другаго.

Для права безразлично, въ какой изъ двухъ формъ

объективируются дѣйствія, составляющія во всемъ своемъ многообразіи идеальное имущество лица, лишь бы только не уничтожалась для лица возможность дѣйствовать или быть субъектомъ правъ и лишь бы дѣйствіе или бездѣйствіе не имѣло характера разрушительнаго. Поэтому не противурѣчитъ праву и слѣд. можетъ быть вынуждено все, что̀ удовлетворяетъ потребностямъ лица и не нарушаетъ движенія жизни (нравственности). Напротивъ юридически невозможна отдача себя въ кабалу или въ рабство, такъ какъ при этомъ дѣйствіе никогда не достигло бы момента своего исполненія.

Нельзя согласиться съ Нейнеромъ, который отвергаетъ возможность обязательства лица не играть на фортепьяно. *Neuner*, 65. Въ этомъ обязательствѣ нѣтъ ничего противнаго праву, и къ исполненію его можно принудить, какъ доказываетъ Виндшейдъ. Даже обязанность не жениться можетъ быть объектомъ требованій (н. п. отъ монаховъ), хотя и не признается предметомъ договоровъ.

XXV. Дѣйствія, подобно вещамъ, опредѣляются in specie или in genere. Одни изъ нихъ **незамѣнимы** и должны быть исполнены непреложно, такъ что неисполненіе ихъ есть прямое нарушеніе права и имѣетъ послѣдствіемъ наказаніе; другія же дѣйствія могутъ быть **замѣнены**, по выбору одной изъ сторонъ; если выборъ предоставляется исполняющему, то возникаетъ jus alternativum. una in obligatione, duo in solutione; если же право выбора принадлежитъ тому, кто требуетъ, то существуетъ obligatio alternativa: duo sunt in obligatione. Такъ, въ послѣднемъ случаѣ если дѣйствіе для кредитора оказывается ненужнымъ, онъ можетъ требовать другаго; въ первомъ же случаѣ должникъ освобождается отъ обязательства, исполнивъ вмѣсто одного дѣйствія другое Вся дѣятельность государственная имѣетъ спеціяльный характеръ и не допускаетъ никакой замѣны. имуществен-

ныя же обязательства имѣютъ предметомъ своимъ замѣнимое исполненіе. Въ общемъ строѣ государства дѣятельность его органовъ не зависитъ отъ личнаго произвола, власть дается для опредѣленной потребности и должна быть прилагаема въ опредѣленной формѣ; между государствомъ и тѣми, кто удовлетворяетъ его требованіямъ, не существуетъ договора, а потому дѣятельность, соединенная съ политическимъ положеніемъ, имѣетъ непреложный характеръ.

XXVI. Вещи и дѣйствія представляютъ собою имущество лица, которое получаетъ свое реальное выраженіе. Но въ понятіи объ идеальномъ имуществѣ заключаются еще тѣ условія и принадлежности лица, которыя присущи ему и получаютъ реальное бытіе свое только при своемъ отрицаніи. Сюда относится личность и ея выраженіе въ свободѣ, чести, въ самоохраненіи и въ саморазвитіи. Объектомъ требованій служатъ здѣсь отрицательныя дѣйствія другихъ лицъ, неприкосновенность и юридически опредѣленная возможность дѣятельности.

Многіе писатели не признаютъ личности обьектомъ правъ. «Быть гражданиномъ, говоритъ Унгеръ (I. 509), есть не право, а положеніе; actio injuriarum охраняетъ лицо, а не право.» То же говоритъ и Рудорфъ: «право личности не есть право *на* собственное *лицо*, но право *лица*»; *Puchta*, Inst. I. 80. Савинья (Syst. I. 336.) высказывается противъ права на личность на томъ основаніи, что это право уполномочивало бы къ самоубійству. Противъ этого возражаетъ Нейперъ, указывая на то, что право охраняетъ лицу извѣстныя блага противъ другихъ лицъ, а употребленіе ихъ, какъ объекта, опредѣляется нравственностью и инстинктомъ благосостоянія. *Neuner*, 18. Личность есть неотчуждаемое *благо*, а потому личная свобода есть обязанность для субъекта правъ. Die Freiheit eine Pflicht. *Ihering*, II. 202. — Эти права (личности) существуютъ не только въ возможности, но суть дѣйствительныя права. Развѣ мы не признаемъ грубой неправды цѣлаго общества, если кто-либо умираетъ съ голоду или остается безъ помощи? Кто

станетъ утверждать, будто существуетъ только возможное, а не дѣйствительное право даже и въ то время, пока еще не опредѣлено, кто долженъ оказать эту помощь? *Röder*, I. 179.—Пухта признаетъ право лица на самого себя; онъ полагаетъ, что это право не оправдываетъ самоубійства, такъ какъ лицо убить нельзя, а убиваютъ человѣка. *Puchta*, Inst. I. 78.

XXVII. Личность въ области права подлежитъ такимъ же опредѣленіямъ, какъ и всякій другой объектъ. Поэтому и отрицаніе ея имѣетъ также юридическій характеръ. Такъ напр. мы не можемъ говорить объ отрицаніи права на жизнь, если преступникъ по закону приговаривается къ смертной казни, или объ нарушеніи свободы, когда онъ подвергается тюремному заключенію. Личность есть опредѣленная величина, которая охраняется въ предѣлахъ, установленныхъ правомъ; только разсматриваемая отвлеченно она представляется безграничною; отрицаніе же ея имѣетъ различныя степени, въ которыхъ и выражается ея значеніе, какъ объекта правъ: оскорбленіе, ограниченіе свободы, нападеніе не тождественны другъ другу, а простираются на извѣстный объемъ личности; это суть неодинаковыя величины, которымъ соотвѣтствуютъ неодинаковыя требованія.

Поэтому объектомъ права всегда служитъ юридически опредѣленное отрицаніе вмѣшательства въ бытіе и дѣятельность физическихъ и юридическихъ лицъ. Сюда относятся напр. невмѣшательство въ религіозныя и другія убѣжденія, въ опредѣленіе занятій и образа жизни, въ ассоціяціи и т. п. Всѣ эти различныя условія личности подводятся подъ понятія о неприкосновенности и свободѣ въ обществѣ, слѣд. въ той мѣрѣ, въ какой та и другая охраняется правомъ.

Было бы неосновательно предполагать безграничныя права, представляемыя отвлеченно. Право слова не простирается такъ далеко, что мы во всякое время и на всякомъ мѣстѣ можемъ

говорить, хотя бы никто не хотѣлъ насъ слушать, или что мы можемъ кричать и ругаться. Изъ права просить не слѣдуетъ, чтобы просьбы могли быть выражаемы цѣлою толпою, съ угрозами или насиліемъ и проч. *Röder*, I. 143.

XXVIII. Неприкосновенность относится какъ къ физической сторонѣ лица, такъ и къ духовной; она состоитъ въ отрицаніи всякаго насилія надъ лицомъ и всякаго оскорбленія его чести, какъ необходимо-присущаго идеальнаго имущества: quilibet praesumitur bonus donec probetur contrarium. Въ смыслѣ идеальнаго имущества, честь и доброе имя лица предполагаются безусловными, но въ области права различаются раны, увѣчья, побои, оскорбленіе словомъ и дѣйствіемъ и притомъ въ различныхъ градаціяхъ. Съ другой стороны юридически оскорбленіе существуетъ только въ тѣхъ случаяхъ, когда прямо отрицается присутствіе чести; такъ напр. неоказаніе довѣрія, защиты, помощи и т. п. не могутъ считаться оскорбленіемъ. Честь принадлежитъ не только физическому, но и юридическому лицу: возможно оскорбленіе чести государства, корпораціи, должности политической и т. п. въ лицѣ ихъ представителей или символовъ (государственнаго герба, знамени). Народъ смотритъ на честь своей земли, какъ на дорогое достояніе свое, и требуетъ уваженія къ нему; точно также онъ дорожитъ неприкосновенностью своей территоріи, которая становится выраженіемъ исторіи народа и его личности.

Отказъ въ помощи можетъ преслѣдоваться юридически только въ томъ случаѣ, когда лицо по своему общественному положенію обязано именно подавать помощь, напр. полицейскій, врачъ, экипажъ спасительныхъ лодокъ, сидѣлки и проч. Невозможно опредѣлить съ точностью, что́ должно считать оскорбительнымъ для чести; весьма многое зависитъ здѣсь отъ нравовъ общества, которое нерѣдко равнодушно къ оскорбленіямъ, выраженнымъ въ веселой и остроумной формѣ и даже поощряетъ разсказы о такъ-

называемыхъ скандалахъ семейныхъ и общественныхъ. Сплетники доставляютъ увеселеніе людямъ праздным, а журналы, даже серіозные по своему направленію, нерѣдко впадаютъ въ неприличный тонъ личныхъ пререканій и измѣряютъ свой успѣхъ силою нападокъ и оскорбленій. Осторожность и сдержанность въ словахъ, чувство приличія и взаимнаго уваженія служатъ указателемъ общественной нравственности. Поэтому заслуживаетъ полнаго сочувствія высказанная многими мысль объ особыхъ судахъ чести, которые руководствовались бы не строгимъ правомъ, а правилами чести. Таковы напр. у насъ суды общества офицеровъ, учрежденныя въ 1863 году.

XXIX. Что касается до свободы, то она относится къ разнообразнымъ проявленіямъ личныхъ силъ и получаетъ реальное выраженіе также въ отрицательной формѣ. Она прилагается какъ къ частнымъ, такъ и къ общественнымъ отношеніямъ, и въ послѣднемъ случаѣ обозначается юридическимъ терминомъ вольностей. Размѣръ или предѣлъ свободы, какъ объекта права каждаго лица, зависитъ отъ существа отношеній и отъ условій общественнаго быта; въ своей полнотѣ свобода есть идеалъ, къ которому движется общество; но не подлежитъ сомнѣнію, что безъ обезпеченной свободы значеніе лица, какъ субъекта правъ, было бы ничтожно и что слѣд. безъ этого объекта лицо не могло бы вполнѣ удовлетворить своимъ потребностямъ. Основные законы каждаго государства въ положительной или отрицательной формѣ непремѣнно опредѣляютъ извѣстный размѣръ свободы и неприкосновенности, какъ основнаго права, по отношенію къ другимъ лицамъ и къ цѣлому государству.

Къ опредѣленіямъ свободы относятся слѣдующія ея стороны: избраніе рода занятій, избраніе мѣста жительства, религіи, подданства, свободное вступленіе въ бракъ, равенство передъ закономъ и лишеніе личной свободы не иначе какъ по суду. Вольности состоятъ въ свободѣ

слова, въ правѣ петицій, ассоціяцій. въ участіи при составленіи законовъ и вообще въ политической дѣятельности.

Аренсъ подраздѣляетъ свободу на слѣдующіе виды: свобода религіи, нравственности, мысли, искусства, промышленности и торговли, наконецъ гражданская и политическая. *Ahrens,* Cours, II. 55. — Джонъ Стюартъ Милль въ своемъ сочиненіи касается не столько свободы въ юридическомъ смыслѣ, сколько самостоятельности лица среди вліяній на него со стороны общества. Свобода, какъ ограниченіе власти правителей, достигнута двумя путями: во первыхъ тѣмъ, что признаны были извѣстныя привилегіи (immunities) отдѣльныхъ лицъ, называемыя политическими вольностями; во 2-хъ тѣмъ, что установлены конституціонныя ограниченія власти. Но недостаточно еще обезпечить себя противъ тиранніи управляющихъ; необходимо также обезпеченіе противъ тиранніи господствующаго мнѣнія и чувствованія, противъ того стремленія общества, въ силу котораго оно пытается сдѣлать свои идеи и образъ дѣйствія правилами для тѣхъ, кто не согласенъ съ ними, остановить развитіе и по возможности предупредить образованіе какой бы то ни было индивидуальности, не подходящей подъ общій уровень, и принудить всякій характеръ къ подчиненію одному образцу. *Mill,* On liberty, 9, 13.—Фишель подводитъ политическую свободу Англіи подъ слѣдующія категоріи: свобода измѣнять мѣсто жительства, свобода промышленности, свобода вѣры, свобода печати и слова, тайна переписки, право петицій и ассоціяцій, право сопротивленія. *Fischel,* 60-110. — Вальтеръ признаетъ свободу, какъ объектъ права, но полагаетъ, что не слѣдуетъ формулировать ее въ конституціяхъ. *Walter,* Naturrecht, 107.

XXX. Основнымъ объектомъ личнаго права, соединяющимъ въ себѣ непрпкосновенность и свободу, служитъ юридическое обезпеченіе противъ произвольнаго ареста со стороны общественной власти. Это право обозначается терминомъ *habeas corpus*: такъ называется англійскій государственный актъ 1679 года, по которому каждый арестованный могъ требовать немедленнаго суда надъ

собою или, представивши залогъ, получить свободу. Безъ подобнаго обезпеченія неприкосновенность и свобода имѣли бы юридическій характеръ только въ отношеніяхъ между частными лицами, въ отношеніяхъ же общественныхъ онѣ стояли бы только на степени факта. Въ постановленіяхъ положительнаго права о личной неприкосновенности нагляднѣе всего признается юридическій характеръ личности, какъ объекта требованій. Каковъ бы ни былъ политическій строй государства, независимо отъ степени участія отдѣльныхъ лицъ въ движеніи общества, охраненіе ихъ личности противъ всякаго фактическаго и произвольнаго насилія составляетъ основное условіе совмѣстной жизни и слѣд. входитъ въ область права: это не есть политическая вольность, а необходимое выраженіе юридическаго порядка.

Во французской конституціи 1848 года опредѣлены политическія права гражданъ въ слѣдующихъ категоріяхъ: обезпеченіе отъ незаконнаго ареста, неприкосновенность жилища, свобода религіи, ассоціацій, собраній, петицій, печати, обученія. Въ нашихъ судебныхъ уставахъ арестъ признается высшею мѣрою обезпеченія правосудія противъ неявки обвиняемаго; онъ допускается только при обвиненіи въ самыхъ важныхъ преступленіяхъ. «Постановленіе о взятіи подъ стражу предъявляется обвиняемому при самомъ отправленіи его въ мѣсто заключенія и во всякомъ случаѣ до истеченія сутокъ отъ времени его задержанія.» Уст. Угол. Суд. 431. Никто не можетъ быть задержанъ иначе, какъ въ случаяхъ, указанныхъ закономъ и въ установленномъ имъ порядкѣ. Въ виду этого главнаго начала задержаніе кого бы то ни было внѣ законнаго порядка составляетъ преступленіе, требующее немедленнаго пресѣченія. Суд. Уст. изд. Госуд. канц. II. 29-30.

XXXI. Всѣми указанными тремя видами объектовъ права опредѣляется идеальное имущество лица. Получая реальное выраженіе свое, оно представляется какъ активъ или какъ пассивъ, то есть объектъ правъ или обязанностей. Подъ обѣ эти категоріи подходятъ вещи, дѣйствія

и условія личности въ своей совокупности: имущественная сила лица опредѣляется не только наличнымъ его капиталомъ, но также кредитомъ; умаленіе чести уменьшаетъ также имущественную силу, съуживаетъ размѣръ объектовъ; отсутствіе обезпеченія и свободы ограничиваетъ объектъ личныхъ правъ. Въ этомъ смыслѣ совершенно вѣрно сказалъ одинъ писатель (Монтескьё), что страна богата не въ мѣрѣ ниспосланныхъ ей даровъ природы, а въ мѣрѣ свободы, которою она пользуется. Духовное и матеріяльное имущество тѣсно связаны между собою и условливаютъ другъ друга: знаніе, трудъ, честность, личное достоинство составляютъ активъ, который уравновѣшиваетъ нерѣдко матеріяльный пассивъ, и наоборотъ. Поэтому право, охраняя творчество жизни, обезпечивая личность и расширяя ея юридическіе предѣлы, тѣмъ самымъ посредственно можетъ создавать объекты, облегчаетъ и ускоряетъ ихъ фактическое накопленіе: законодательство народа составляетъ не только его нравственное благо, но и богатство въ обыкновенномъ смыслѣ этого слова.

XXXII. Перевѣсъ пассива надъ активомъ въ юридической сферѣ служитъ признакомъ несостоятельности въ обширномъ смыслѣ, т. е. неспособности выполнить всѣ обязанности, соотвѣтствующія правамъ; несостоятельность въ тѣсномъ смыслѣ есть перевѣсъ матеріяльныхъ обязательствъ надъ реальнымъ имуществомъ. Въ обоихъ своихъ видахъ она касается всѣхъ имущественныхъ силъ лица и влечетъ за собою уменьшеніе правоспособности. Несостоятельные суть лица имущественно безсильныя или обезсилившія себя; ихъ потребности удовлетворяются другими: дряхлые и больные становятся предметомъ попеченія и заботы частныхъ лицъ или общества;

отъ наслѣдства, въ которомъ пассивъ болѣе чѣмъ активъ, каждый можетъ отказаться; матеріяльно-несостоятельный подлежитъ администраціи или конкурсу и т. д. Во всякомъ случаѣ нарушеніе фактическаго равновѣсія въ имущественной сферѣ лица отражается на его юридическомъ положеніи точно такъ же, какъ фактическій перевѣсъ актива дѣлаетъ лицо сильнѣе юридически, даетъ количественно большую власть. Въ тѣхъ случаяхъ, когда перевѣсъ пассива надъ активомъ зависитъ отъ самого лица, совершенно справедливо ограниченіе его дѣеспособности. Но нерѣдко несостоятельность является слѣдствіемъ такихъ условій, которыя существуютъ независимо отъ личной энергіи и дѣятельности; и такъ какъ всѣ стороны имущества находятся въ тѣсной связи, то матеріяльная бѣдность можетъ быть уровновѣшена только нравственною силою образованія и юридическимъ огражденіемъ личности: первое составляетъ предметъ обязанностей семейства и общества, второе выполняется государствомъ.

ГЛАВА XIV.

Титулъ правъ.

Savigny, Das Recht des Besitzes. 7-te Aufl. von *Rudorff.* Wien, 1865. — *Puchta,* Vorlesungen über das heutige römische Recht. 5-te Aufl. I и II. Leipz. 1863.—*Pescatori,* La logica del diritto. Torino, 1863. — *Bechmann,* Zur Lehre vom Eigenthumserwerb durch Accession. Kiel, 1867.—*Van Wetter,* Traité de la possession. Gand, 1868. — *Lothar Seuffert,* Die Lehre von der Ratihabition. Würzb. 1868—*Zacke,* Ueber Beschlussfassung in Versammlungen. Leipz. 1867. — The representation of minorities. Lond. 1868.

I. Для того, чтобъ юридическое отношеніе осуществилось въ дѣйствительности, необходима конкретная связь между субъектомъ права и его объектомъ. Эта связь, въ той мѣрѣ, въ какой она имѣетъ юридическій характеръ, получаетъ значеніе титула правъ и обязанностей и служитъ способомъ ихъ пріобрѣтенія и прекращенія (titulus et modus).

Конкретныя права получаютъ свое основаніе или въ правѣ in sensu objectivo, или въ фактахъ, или наконецъ оба титула существуютъ совмѣстно. Такъ напр. непосредственно изъ закона возникаютъ привилегіи и всѣ перемѣны, производимыя закономъ въ юридическомъ положеніи лицъ; фактъ владѣнія, передачи, договора и пр. служитъ основаніемъ правъ лица въ томъ размѣрѣ, какой опредѣленъ юридически; наконецъ право соединяется съ фактомъ, когда имѣющій власть на вещь находится въ дѣйствительномъ обладаніи ею: это такъ называемое

droit droit, jus duplicatum (juris et seisinae conjunctio въ англійскомъ правѣ).

Въ прежнее время различались titulus и modus; подъ первымъ разумѣлась юридическая возможность пріобрѣтенія правъ, подъ вторымъ осуществленіе этой возможности: напр. при покупкѣ вещи купля-продажа считалась titulus, а передача modus. Слѣды этого различія остались до сихъ поръ въ австрійскомъ правѣ. *Kirchstetter*, 153; *Unger*, II 8 — 12. Савиньи соединилъ оба понятія и обозначилъ ихъ однимъ терминомъ юридическаго факта. *Savigny*, Syst. III. 3.—Modus имѣетъ еще другое значеніе въ юридической области: это особаго рода условіе при договорахъ и вообще въ юридическихъ сдѣлкахъ.

II. Право въ объективномъ смыслѣ служитъ непосредственнымъ титуломъ правъ и обязанностей, по скольку оно даетъ охраненіе той связи субъекта съ объектомъ, которая оставалась до него неюридическою, или же лишаетъ своего охраненія то, что̀ считалось юридическимъ. Поэтому съ перемѣною или съ появленіемъ закона, права возникаютъ или прекращаются ipso jure, ex lege immediate, безъ привхожденія новаго факта. Нагляднѣе всего это видно въ привилегіяхъ и вольностяхъ, которыя даются опредѣленнымъ или неопредѣленнымъ лицамъ: одновременно съ объективнымъ правомъ возникаетъ и субъективное. Но то же явленіе происходитъ и въ другихъ случаяхъ, когда новый законъ юридически создаетъ или уничтожаетъ существовавшія въ дѣйствительности отношенія между лицами, н. п. когда отмѣняются обязательныя отношенія крестьянъ, даются права иностранцамъ и пр.

Выраженіе *ipso jure* v. lege прилагается обыкновенно къ возникновенію правъ чрезъ такіе факты, которые не зависятъ отъ лица. «Въ случаяхъ, когда право возникаетъ изъ факта, независящаго отъ лица, оно становится дѣйствительнымъ, какъ скоро фактъ совершился. Въ этихъ случаяхъ право возникаетъ непосредственно, само собою; напр. по завѣщанію можно отказать лицу иму-

щество безъ его вѣдома.» *Unger*, II. 4. — Нельзя однако согласиться съ Унгеромъ, будто «непосредственно изъ закона» возникаютъ только привилегіи. Аустинъ идетъ далѣе; онъ признаетъ титуломъ правъ только фактъ и считаетъ законъ также фактомъ. *Austin*, III. 90.

III. Посредствующимъ титуломъ правъ и обязанностей служатъ факты, въ своей единичной формѣ, или же какъ совокупность нѣсколькихъ событій (Thatbestand). При безконечномъ разнообразіи фактовъ, невозможно опредѣлить въ точности выраженія каждаго изъ нихъ; юридически охраняются лишь общія формы, въ которыхъ проявляются силы природы и человѣка; факту придается безусловно или условно характеръ титула правъ: владѣніе можетъ служить основаніемъ собственности (justus titulus) и оставаться только на степени факта; иногда достаточно простаго большинства голосовъ, иногда же требуется усиленное; безформенная передача вещи признается или не признается титуломъ и проч.

Различіе юридическихъ требованій отъ того или другаго факта зависитъ отъ различной степени презумціи того, что въ данномъ случаѣ фактъ совпадаетъ съ тѣмъ отношеніемъ, которое охраняется правомъ. Такъ напр. въ praesumtio juris et de jure одинъ фактъ самъ по себѣ служитъ безусловнымъ титуломъ: приговоръ присяжныхъ имѣетъ абсолютное значеніе или служитъ абсолютнымъ титуломъ обвиненія и оправданія. Простое большинство признается титуломъ въ тѣхъ случаяхъ, когда praesumtio juris одинакова относительно двухъ противуположныхъ фактовъ, усиленное же, когда эта презумція въ пользу одного изъ нихъ: конституціонный законъ стоитъ за свою неизмѣнность, и эта презумція можетъ быть уничтожена только значительнымъ большинствомъ; въ Англіи законъ на столько въ пользу невинности обвиняемаго,

что это предположеніе исчезаетъ только при единогласномъ рѣшеніи присяжныхъ; нашъ университетскій уставъ 1863 года идетъ отъ предположенія, что профессоръ по выслугѣ пенсіи не можетъ занимать каѳедры, но большинство двухъ третей голосовъ можетъ пересилить такое предположеніе и т. д.

Такимъ образомъ факты установляютъ права и обязанности при выполненіи опредѣленныхъ условій; многіе изъ нихъ, тождественные по своей внѣшней формѣ, имѣютъ неодинаковое юридическое значеніе въ смыслѣ титула правъ: это значеніе опредѣляется всегда свойствомъ юридически охраняемыхъ отношеній и предположеніемъ права въ пользу или противъ творческой силы факта.

> Es giebt keine allgemeine Entstehungs-und Endigungsarten (abgesehen natürlich von der Aufhebung der Persönlichkeit als Trägerin der Rechte)„ wohl aber gewisse allgemeine Momente gewisser Arten. *Puchta*, Vorles. I. 105. — Одни факты суть создающіе, другіе уничтожающіе вѣроятіе или достовѣрность основаннаго на нихъ права; юридическое вѣроятіе останавливается на своей первой степени: praesumtum de praesumto non admittitur. *Pescatori*, 165.

IV. По степени участія лица въ измѣненіяхъ, производимыхъ фактически во внѣшнемъ мірѣ, всѣ факты подраздѣляются на двѣ главныя категоріи: **явленій** и **дѣйствій**. Явленія суть такія событія, въ которыхъ сознаніе лица объ удовлетвореніи потребностей не участвовало; дѣйствія же суть выраженія силъ лица съ цѣлью удовлетворенія. Тѣ и другіе факты могутъ быть **простые** и **сложные**, смотря по тому, одного ли факта достаточно для юридической достовѣрности, или же эта достовѣрность обусловливается сочетаніемъ нѣсколькихъ событій: фактъ получаетъ значеніе титула только подъ условіемъ (sub modo), что къ нему привзойдутъ другіе

факты. Во всякомъ случаѣ юридическимъ можетъ быть только совершеніе дѣйствія или опредѣленная окончательная форма выраженія потребности (см. выше стр. 60), а не переходные моменты его; такъ напр. если юридически обманъ признается совершившимся только при похищеніи, то отсутствіе похищенія лишаетъ обманъ характера юридическаго факта; обѣщаніе (продать, жениться) пока не совершится юридически, т. е. не выразится въ опредѣленной формѣ, также не считается фактомъ въ области права.

Поэтому справедливо говоритъ Штейнъ о вѣрованіяхъ, что они суть Thatlose: они могутъ произвести фактъ, но сами по себѣ не суть факты, — keine That vollziehen. *Stein,* Syst. I. 7. — Опредѣленія того, что̀ считать совершеніемъ, не можетъ быть сдѣлано отвлеченно: угрозы, похвальбы и предложеніе сдѣлать какое-либо зло, по нашимъ законамъ (Улож. о Нак. 7), считаются уже совершившимся фактомъ, по скольку подлежатъ наказанію. Въ каждомъ данномъ случаѣ нужно обращать вниманіе на совокупность всѣхъ условій, которыя необходимы для юридическаго понятія о совершившемся фактѣ; такъ напр. приготовленіе къ преступленію или покушеніе къ нему суть совершившіеся факты, хотя и не тождественны съ преступленіемъ.

V. Юридическому опредѣленію подлежатъ какъ содержаніе и форма совершающихся фактовъ, такъ и общія условія, при которыхъ они совершаются. Къ послѣднимъ относятся время и мѣсто.

Время, какъ понятіе для обозначенія послѣдовательности явленій, не производитъ само по себѣ перемѣнъ во внѣшнемъ мірѣ, но всякая перемѣна совершается во времени: nihil fit a tempore, quamquam nihil nisi in tempore fit. Время не опредѣляетъ совершенія фактовъ, но придаетъ имъ силу, а потому само оно должно быть строго опредѣлено въ своемъ безконечномъ пространствѣ. Такая опредѣленность достигается чрезъ принятіе

извѣстныхъ общихъ единицъ счисленія или измѣренія времени: года, мѣсяца, недѣли и дня. Хотя такое счисленіе основано на календарѣ, но юридическое измѣреніе времени не всегда совпадаетъ съ астрономическимъ. Такъ, если законъ установляетъ годовой срокъ, то годъ принимается въ 365 дней, если срокъ мѣсячный, то мѣсяцъ считается въ 30 дней; наконецъ мѣра времени меньше дня не принимается въ юридическихъ отношеніяхъ. У насъ годъ вообще не считается юридическою мѣрою: сроки, закономъ опредѣленные и назначаемые судомъ, исчисляются только мѣсяцами, недѣлями и днями (уст. гракд. суд. 818); однако въ законахъ нерѣдко упоминается о годахъ, напр. въ положеніи о крестьянахъ, въ десятилѣтней давности и пр.; въ такомъ случаѣ годы совпадаютъ съ астрономическими.

Въ рѣдкихъ случаяхъ время обозначается часами и минутами (ad momentum); въ основаніе принимаются мѣстные часы и срокъ наступаетъ съ первымъ ударомъ колокола. *Beseler*, Syst. 168.

VI. Опредѣленная мѣра или единица прилагается къ извѣстному пространству времени, которое вычисляется юридически (civilis computatio), и это счисленіе не тождественно въ области права съ общимъ астрономическимъ.

Такъ, вообще день считается отъ полуночи до полуночи; но если срокъ касается заявленія въ судѣ, то концемъ дня принимается у насъ три часа по полудни (или закрытіе засѣданія, продолжающагося послѣ трехъ часовъ: уст. гр. суд. 825). День совершенія сдѣлки не входитъ въ счетъ установленнаго срока и нужно, чтобы кончился послѣдній назначенный въ сдѣлкѣ день для понятія о просрочкѣ (тамъ же 824); то же прилагается и къ отпускамъ по службѣ. Но если вопросъ идетъ о пріобрѣтеніи права частнымъ лицомъ относительно государства, напр. пенсіи, то достаточно наступленія послѣд-

няго срочнаго дня: dies coeptus habetur pro completo; день вступленія въ службу идетъ въ счетъ.

Конецъ недѣли и мѣсяца совпадаетъ съ числомъ дня, съ котораго начинается срокъ (н. п. отъ 10 февраля до 10 марта); но если нѣтъ соотвѣтствующаго числа въ другомъ мѣсяцѣ, то срокомъ принимается послѣдній день этого мѣсяца (уст. гр. суд. 820); напр. мѣсячный срокъ съ 31-го января истекаетъ 28 или 29 февраля.

Кромѣ того при исчисленіи времени юридически признаются такъ называемые льготные дни, utile tempus. Это суть дни, которые исключаются изъ общаго счета времени: къ такимъ днямъ относятся праздничные и всѣ тѣ дни, въ которые не можетъ послѣдовать исполненіе чего-либо по различнымъ основаніямъ, напр. по болѣзни, отсутствію лица, вслѣдствіе vis major и проч.

Utile tempus или dies utiles не можетъ продолжаться болѣе одного года. *Puchta*, Pand. 116.—У насъ говорится о неприсутственныхъ дняхъ (уст. гр. суд. 823) и о пріостановкѣ сроковъ вслѣдствіе пріостановки судебнаго производства дѣла (тамъ же 829).—Праздничные дни не только не входятъ въ счетъ по каноническому праву, но для нихъ опредѣляется иначе начало и конецъ, а именно съ 6 часовъ вечера до 6-ти часовъ вечера (a vespera ad vesperam). У западныхъ народовъ каждые 400 лѣтъ прибавляется одинъ день между 24 и 25 февраля; по мнѣнію Унгера, этотъ день долженъ сливаться съ предыдущемъ *Unger*, II, 309.—Во Франціи срокъ давности считается днями, а не часами и оканчивается съ истеченіемъ послѣдняго дня. Code Nap. 2.260.—Въ Германскомъ правѣ Jahr und Tag означаетъ годъ и 30 дней. *Heydemann*, I. 157. Ср. *Puchta*, Vorles. I. 169 о римскомъ счисленіи.

VII. Время, которое не можетъ быть измѣрено точно по огромности пространства своего, называется **незапамятнымъ**. По своей неопредѣленности оно не имѣетъ юридическаго значенія, хотя на него ссылаются иногда въ международныхъ отношеніяхъ для доказательства тер-

риторіяльной власти. Каноническое право опредѣляло незапамятное время смѣною двухъ поколѣній, считая каждое въ 40 лѣтъ; слѣд. незапамятность принималась какъ огромная единица времени въ 80 лѣтъ, — она была definita. Въ новыхъ законодательствахъ институтъ незапамятной давности не существуетъ (*Unger*, II. 256): въ ней всегда отыскивается опредѣленная единица времени, и пространство, превышающее ее, считается юридически безразличнымъ; напр. 20, 50 и 1000 лѣтъ юридически имѣютъ одинаковыя послѣдствія; сочиненія Шекспира и Гомера одинаково сдѣлались общимъ достояніемъ на основаніи протекшей давности. Во всякомъ случаѣ въ область права входитъ только точно-вычисляемое время.

Незапамятное время, подъ названіемъ vetustas, существовало также въ римскомъ и въ прежнемъ германскомъ правѣ. Многіе писатели признаютъ его и теперь и указываютъ на способы доказательства его. *Arnts*, Pand. 126. *Savigny*, Syst. IV. 524. — Монографіи о незапамятномъ времени: Фридлендера и Бухки.

VIII. Мѣсто, на которомъ совершаются факты, имѣетъ также юридическое значеніе. Фактъ становится титуломъ правъ только въ томъ случаѣ, когда онъ признается таковымъ по мѣсту своего совершенія: заявленіе о чемъ-либо въ присутственномъ мѣстѣ, въ судѣ, передъ должностнымъ лицомъ имѣетъ не тотъ характеръ, какъ простое сообщеніе извѣстія. Еще болѣе разнообразны тѣ юридическія послѣдствія фактовъ, которыя зависятъ отъ объективнаго права, дѣйствующаго въ мѣстѣ ихъ совершенія. Такъ напр. при договорахъ форма, въ которой они заключаются, опредѣляется по законамъ мѣста совершенія (locus regit actum), но содержаніе договора зависитъ отъ мѣста нахожденія имущества или мѣста передачи вещи. Слѣд. одинъ и тотъ же фактъ можетъ быть юридическимъ и неюридическимъ, смотря по тому, гдѣ онъ совершился.

Съ особенною силою выступаетъ значеніе мѣста при совершеніи преступленій. Не только различіе здѣсь зависитъ отъ различія государственныхъ территорій, но нѣкоторыя мѣста (церковь, дворецъ, многолюдная улица) пользуются особымъ юридическимъ охраненіемъ.

IX. Совершающіяся подъ условіями времени и мѣста явленія и дѣйствія становятся титуломъ правъ, если ихъ содержаніе и форма соотвѣтствуютъ юридическимъ требованіямъ; въ противномъ случаѣ они остаются только фактами (неформальная сдѣлка, простое обѣщаніе дружбы, свиданія и пр.).

Явленіе суть тѣ факты, которыми опредѣляется положеніе субъекта или объекта правъ во внѣшнемъ мірѣ и которые возникаютъ безъ яснаго или вѣроятнаго сознанія лица о правѣ. Такимъ образомъ убійство, совершенное сумасшедшимъ, есть явленіе; несостоятельность по несчастію, естественная смерть и т. п. подходятъ подъ это же понятіе. Одни изъ явленій совершаются постоянно и потому имѣютъ всегда одинаковый характеръ (смерть, рожденіе), другія же возникаютъ непредвидѣнно и случайно (пожаръ, наводненіе). Послѣднія называются случаями (casus); это суть явленія, которыя могутъ быть и не быть, но сознаніе о которыхъ однако возможно для человѣка и охраняется правомъ. Только фактически или юридически невозможные случаи остаются внѣ области права; напр. нашествіе непріятеля считается возможнымъ, но порабощеніе государства, перемѣна формы правленія юридически никогда не предвидятся, а потому эти факты наперед не опредѣляются.

X. Къ явленіямъ, которыя тѣсно связаны съ бытіемъ лица и имѣютъ для него юридическія послѣдствія, принадлежатъ рожденіе, смерть и пребываніе въ извѣстномъ мѣстѣ.

Всякое рожденіе служитъ титуломъ правъ личности; но оно должно удовлетворять особымъ юридическимъ требованіямъ для того, чтобы сдѣлаться основаніемъ особыхъ отношеній, охраняемыхъ правомъ. Такимъ условіемъ служитъ юридически признаваемый бракъ: естественное явленіе видоизмѣняется въ своемъ характерѣ и только при данномъ условіи становится основаніемъ родства, то есть кровно-юридическій связи между лицами. Чрезъ посредство нѣсколькихъ рожденій въ признаваемыхъ бракахъ образуется семейство и цѣлый родъ, въ которомъ каждое лицо получаетъ опредѣленное юридически мѣсто по отношенію къ другимъ лицамъ. Первенство рожденія, юридическое положеніе родителей, количество родившихся, близость или отдаленность между родственниками служатъ основаніемъ правъ и обязанностей.

Всѣ эти вопросы опредѣляются различно положительнымъ правомъ, но основываются на естественномъ явленіи. Такъ, различаются степени и линіи родства, юридически признаваемаго: степени опредѣляются количествомъ рожденій, которыми установилась связь между двумя лицами (tot sunt gradus, quot sunt generationes); линіи (восходящая, нисходящая и боковыя) основаны на томъ направленіи, которое занимаютъ рожденія относительно даннаго лица, т. е. предшествовали они его появленію на свѣтъ, или слѣдовали за нимъ, или наконецъ ими не условливалось бытіе лица. Такъ, дѣти и внуки находятся въ линіи нисходящей, отецъ, дѣдъ и пр. въ восходящей, братья, племянники и пр. въ боковой линіи родства.

Связь одного лица съ другимъ посредствомъ рожденія составляетъ степень, а связь степеней, непрерывно продолжающихся, составляетъ линію. Св. Зак. X. 198, 1115. Степень, отъ коей происходятъ двѣ или болѣе линій, называется въ отношеніи къ

нимъ колѣномъ, а сіи линіи въ отношеніи къ своему колѣну отраслями или поколѣніями. Тамъ же, 199, 1116. Въ римскомъ правѣ и у насъ въ боковыхъ линіяхъ считаются степени отъ обоихъ данныхъ лицъ къ общему ихъ родоначальнику; по каноническому же праву считаются только степени отъ этого родоначальника къ данному лицу; напр. двоюродные братья у насъ въ 4-й степени, по каноническому праву во 2-й: duo gradus legales unum gradum canonicum constituunt. Сверхъ того различается родство и свойство (родство по женѣ), духовное родство (по крещенію) и проч.

XI. Придавая силу естественному явленію, право установляетъ презумпцію въ пользу юридическихъ послѣдствій этого явленія. Такъ, по нашему законодательству всякое рожденіе послѣ брака родителей предполагается законнымъ, равно какъ для признанія законности рожденія по смерти отца назначается самый долгій срокъ. Первая презумпція можетъ быть уничтожена только явными доказательствами со стороны отца, и тогда дѣти лишаются правъ, соединенныхъ съ рожденіемъ, которое считается только естественнымъ и имѣетъ иныя юридическія послѣдствія.

У Евреевъ рожденіе признавалось юридическимъ, если совершалось черезъ 12 мѣсяцевъ послѣ смерти отца; по ученію нѣкоторыхъ юристовъ, отецъ не могъ ни въ какомъ случаѣ оспоривать законности дѣтей, родившихся въ бракѣ. *Mayer*, II. 417. — Въ Австріи презумпція законности въ пользу дѣтей, родившихся черезъ 7 мѣсяцевъ послѣ заключенія брака и не позже 10 мѣсяцевъ послѣ его расторженія (гр. код. 138). Во Франціи (Code Nap. 312) самый краткій срокъ полагается въ 180 и самый долгій 300 дней; притомъ отецъ ограниченъ въ правѣ оспаривать законность дѣтей. Въ Пруссіи (A. L. R. II. 2. § 1) приняты сроки въ 219 и въ 302 дня. У насъ презумпція законности начинается съ 180 дня отъ совершенія брака и кончается 306, отецъ можетъ оспоривать законность, доказавъ alibi и только въ теченіи года. Св. Зак. X. 125-131. Что касается до незаконнорожденныхъ дѣтей, родившихся внѣ брака, то у насъ законъ гражданскій отрицаетъ всякое юридическое отношеніе между ними и ихъ отцами

(Св Зак. X 136). Въ видѣ наказанія отецъ обязанъ обезпечить ребенка и его мать (Улож. о Нак. 944). Такое вознагражденіе имѣетъ характеръ каратальный, потому что здѣсь нѣтъ нарушенія права вопреки волѣ лица. Рѣш. Общ. Собр. Кас. Деп. 11 окт. 1868. У Римлянъ признавалось родство внѣбрачныхъ дѣтей съ матерью; во Франціи (Code Nap. 340) естественный отецъ можетъ отказаться отъ дѣтей; то же въ Пруссіи. Ср. *Mayer*, II. 424. Въ итал. кодексѣ (189-190) запрещается отыскивать отца, но дозволяется доказывать происхожденіе отъ матери. Впрочемъ во Франціи естественные дѣти призываются къ наслѣдству, если нѣтъ другихъ законныхъ наслѣдниковъ, прежде супруговъ. Code Nap. 723. Въ Италіи даже усыновленныя незаконныя дѣти получаютъ вдвое меньше сравнительно съ тѣмъ, что̀ досталось бы имъ, еслибъ они родились въ бракѣ, и никакъ не болѣе двухъ третей всего наслѣдства. Cod. ital. 744, 745.

XII. Смерть лица есть также явленіе, не только прекращающее его права, но также служащее титуломъ правъ для другихъ лицъ: послѣ смерти открывается наслѣдство, оставшіеся въ живыхъ мужъ и жена могутъ вступить въ новый бракъ и пр. Смерть естественная есть только явленіе, въ смерти насильственной сверхъ того выражается нарушеніе права; но и естественная смерть имѣетъ не одинаковыя послѣдствія, смотря по тому, при какихъ условіяхъ она совершилась, напр. смерть при исполненіи политическихъ обязанностей (на службѣ) служитъ основаніемъ правъ на пенсію. Въ нѣкоторыхъ юридическихъ отношеніяхъ (п. п. при наслѣдствѣ) оба вида смерти имѣютъ одинаковыя послѣдствія; въ другихъ они различаются. Наконецъ юридически признается естественною всякая смерть, которая произошла не отъ убійства или ранъ, хотя и не отъ болѣзни; напр. смерть на войнѣ, во время пожара и пр. Во всякомъ случаѣ такой знаменательный фактъ, какъ смерть, долженъ быть ясно доказанъ: презумція права всегда въ пользу жизни, и ей противурѣчитъ поэтому понятіе о гражданской смерти.

XIII. Не только рожденіе и смерть сами по себѣ, но также ихъ послѣдовательность имѣетъ юридическое значеніе: старшій сынъ иногда имѣетъ болѣе правъ, чѣмъ младшій (особенно при наслѣдованіи престола); лицо, остающееся въ живыхъ послѣ другаго хотя на самое короткое время, получаетъ отъ умершаго права, становится ихъ субъектомъ. Поэтому послѣдовательность рожденія и смерти есть также юридическій фактъ, который опредѣляется прежде всего самою природою, въ которой ничто не совершается одновременно: при рожденіи близнецовъ, одинъ изъ нихъ непремѣнно старше другаго. Но бываютъ случаи, когда нельзя доказать порядка, въ которомъ слѣдовала смерть нѣсколькихъ лицъ, напр. на войнѣ, при наводненіи, пожарѣ, убійствѣ и проч.

Положительныя законодательства рѣшаютъ этотъ вопросъ различно; одни изъ нихъ (прусское I. 12 § 461) признаютъ одновременность смерти, какъ praesumtio juris et de jure; въ другихъ эта одновременность есть только praesumtio juris, такъ что оставшимся въ живыхъ предоставляется доказать, въ какомъ порядкѣ слѣдовала смерть и потому переходили права отъ одного лица къ другому (австр. гражд. код); наконецъ нѣкоторыя законодательства опредѣляютъ точно послѣдовательность смерти, основываясь на возрастѣ умершихъ (римское и французское право): продолжительность жизни соразмѣряется съ способностью бороться противъ смерти.

Съ другой стороны, при невозможности доказать дѣйствительность смерти, необходимо иногда юридическое признаніе ея, какъ явленія совершившаго. Умершими считаются тѣ лица, о которыхъ нѣтъ никакихъ извѣстій (verschollene, безвѣстно-отсутствующіе): какъ скоро доказано, что въ теченіи опредѣленнаго времени нельзя было найти никакихъ признаковъ жизни лица, его права

погашаются. При этомъ русское и сѣверо-американское законодательства не обращаютъ вниманія на возрастъ безвѣстноотсутствующихъ, другія же принимаютъ въ основаніе возрастъ. Такъ, у насъ при безвѣстномъ отсутствіи лица, имѣющаго права наслѣдства, черезъ десять лѣтъ имущество передается другимъ наслѣдникамъ (Св. Зак. X. 1246); бракъ расторгается черезъ пять лѣтъ послѣ безвѣстнаго отсутствія одного изъ супруговъ и черезъ десять лѣтъ, если кто-либо пропалъ безъ вѣсти на войнѣ или взятъ въ плѣнъ (тамъ же, 54, 56). Эти положенія имѣютъ одинаковую силу, независимо отъ возраста лицъ.

Наполеоновъ кодексъ (720—722) устанавливаетъ слѣдующія правила: если при общемъ несчастіи (пожарѣ, наводненіи, даже убійствѣ) погибло нѣсколько лицъ, имѣющихъ менѣе 15-ти лѣтъ отъ роду, то старшій изъ нихъ считается пережившимъ всѣхъ остальныхъ; если всѣмъ было болѣе 60-ти лѣтъ, то предполагается, что младшій изъ нихъ пережилъ прочихъ; для лицъ въ возрастѣ отъ 15 до 60 лѣтъ дѣлается предположеніе въ порядкѣ природы, т. е. что старшій умираетъ прежде младшаго; при этомъ мужчина одинаковыхъ лѣтъ или однимъ годомъ старше сравнительно съ женщиною считается умершимъ послѣ. — Въ Австріи (гр. код. 24) независимо отъ возраста отсутствующаго полагается 30 лѣтъ, для 70-ти-лѣтнихъ 10 лѣтъ, а для тяжело раненыхъ и потерпѣвшихъ кораблекрушеніе 3 года; послѣ этихъ сроковъ судъ можетъ признать отсутствующаго умершимъ. Въ Пруссіи предполагается отсутствующій живымъ до 70-ти-лѣтняго возраста; моряки же признаются умершими, если корабль погибъ и объ отсутствующемъ ничего неизвѣстно въ теченіи одного года (законъ 1851). Въ Англіи можно вступать въ новый бракъ послѣ 7-ми-лѣтняго безвѣстнаго отсутствія одного изъ супруговъ. Во Франціи и въ Италіи предполагается умершимъ тотъ, кому исполнилось бы 100 лѣтъ отъ роду; послѣ открытія наслѣдства ожидаютъ наслѣдника въ теченіи 30 лѣтъ. Code Nap. 129. Cod. ital. 36. — Римскіе юристы (Ульпіанъ) установили таблицу соотвѣтствія смерти съ возрастомъ: имѣющій 20 лѣтъ отъ роду предполагался живущимъ еще 30 лѣтъ, 60-ти-лѣтніе еще 5 лѣтъ и пр.

XIV. Пребываніе въ извѣстномъ мѣстѣ лица извѣстнаго и живущаго есть условіе его дѣятельности; но и само по себѣ оно иногда служитъ титуломъ правъ и обязанностей. Такъ, очевидецъ извѣстнаго факта обязанъ быть свидѣтелемъ; присутствующій при чьей-либо гибели обязанъ подать помощь; отсутствующій, даже по независящимъ отъ него причинамъ, членъ коллегіи считается согласнымъ съ большинствомъ; оставившій свое мѣсто пребыванія или должности несетъ на себѣ послѣдствія такого дѣйствія по скольку нарушаетъ обязанности и проч.

Отсутствіе лица можетъ быть необходимымъ, и тогда оно не соединяется съ лишеніемъ правъ; служащіе въ войскахъ не несутъ послѣдствій своего отсутствія: absentia ejus qui reipublicae causa abest, neque ei, neque alii damnosa esse debet. Отсутствіе далѣе служитъ доказательствомъ того, что лицо непричастно совершенію извѣстнаго дѣйствія. Такъ, доказавши свое *alibi* (ali-ubi) или пребываніе не въ томъ мѣстѣ, гдѣ совершено преступленіе, лицо тѣмъ самымъ доказываетъ свою невинность по данному обвиненію. Отсутствіе по болѣзни въ извѣстныхъ случаяхъ снимаетъ отвѣтственность; вообще же съ нимъ соединяется ограниченіе или лишеніе правъ.

По различію послѣдствій юридическихъ, соединенныхъ съ отсутствіемъ, оно получаетъ различныя названія: отлучки, побѣга, неявки, оставленія отечества и проч.

Въ положительномъ правѣ опредѣляются точно послѣдствія умышленнаго и сознательнаго отсутствія, соединеннаго съ нарушеніемъ прямой обязанности. Но сказаннаго достаточно для объясненія того, что присутствіе и отсутствіе въ смыслѣ явленія сами по себѣ служатъ титуломъ правъ.

XV. Къ явленіямъ принадлежатъ далѣе всѣ тѣ измѣненія, которыя производятся силами природы и касаются

объектовъ правъ. Сюда относятся различныя фактическія перемѣны въ реальномъ имуществѣ лица: его увеличеніе, уменьшеніе и уничтоженіе, какъ результатъ естественныхъ силъ непредвидимыхъ и не предотвратимыхъ. Таковы пожары, наводненія, непріятельское нашествіе, болѣзнь, дѣйствующія разрушительно; урожай, наростаніе объектовъ, плоды и пр., которыми количественно увеличиваются объекты. Всѣ подобные факты можно подвести подъ понятіе о случаѣ (casus major, force majeure), послѣдствія котораго падаютъ на того, кто въ данный моментъ былъ субъектомъ правъ: casum sentit dominus.

Охраняя жизнь отъ случайнаго проявленія человѣческихъ силъ, право охраняетъ также ихъ творчество противъ разрушительнаго вліянія природы. При невозможности овладѣть этою силою, оно охраняетъ всѣ тѣ отношенія между лицами, которыя установляются въ предвидѣніи того, что природа можетъ уничтожить объекты правъ: общественныя полицейскія мѣры предупреждаютъ возможность разрушенія; страхованіе, больницы и т. п. защищаютъ отдѣльное лицо отъ всей тяжести уже совершившагося несчастія и облегчаютъ ему перенесеніе послѣдствій такой vis major.

Нѣкоторыя явленія природы освобождаютъ лицо отъ отвѣтственности (разлитіе рѣкъ, болѣзнь самого лица или близкихъ родственниковъ и пр.); послѣдствія другихъ или измѣненія, произведенныя ими во внѣшнемъ мірѣ, опредѣляются юридически. Такъ, при перемѣнѣ теченія рѣки, служащей границею между двумя владѣніями, прежняя желобовина ея служитъ раздѣльною чертою двухъ дачъ; приращеніе отъ наносимаго рѣкою песка поступаетъ въ собственность владѣльца берега, равно какъ и обсохшая земля; вновь появившійся островъ на пограничной рѣкѣ дѣлится между владѣльцами смежныхъ

дачъ пополамъ; открытый кладъ принадлежитъ тому, въ чьей собственности находится земля и проч. (Св. Зак. X. 426-31).

Въ рѣшеніи этого вопроса всѣ законодательства сходны между собою и приняли римское ученіе объ alluvio, avulsio, alveus derelictus и пр. *Bechmann*, 13.

XVI. Наконецъ къ разряду явленій можно отнести всѣ тѣ прирожденныя условія жизни или бытія лица и общества, которыя даютъ имъ фактическую силу и обусловливаютъ юридическую власть. Таковы напр. для государства его географическое положеніе, дающее ему власть на моряхъ, сосѣдство, пограничность, единство религіи, народности и пр.; таково положеніе лица въ извѣстной средѣ, принадлежность къ сословію и т. п. Иногда даже чисто-формальное условіе служитъ основаніемъ для опредѣленія отношеній, какъ напр. алфавитъ принимается для установленія послѣдовательности мѣста и времени, обязательной для каждаго; ростъ и наружный видъ лица, имя его и т. п., однимъ словомъ самыя разнообразные признаки не остаются безъ вліянія на юридическое положеніе лицъ: человѣку свойственно останавливаться на чемъ-либо неизмѣнномъ, что̀ исключаетъ подчиненіе личному произволу другаго и отъ него не зависитъ; при недостаткѣ такихъ общихъ признаковъ, онъ обращается къ жребію, къ случаю.

Примѣромъ могутъ служить споры государствъ о предсѣдательствѣ, которые рѣшены были алфавитомъ: въ актахъ международныхъ порядокъ подписей опредѣляется по начальнымъ буквамъ названія каждой державы. Вообще нельзя отрицать, что явленія составляютъ очень часто основаніе правъ и что они такъ же разнообразны, какъ и дѣйствія.

XVII. Другую категорію фактовъ, служащихъ титуломъ правъ, составляютъ дѣйствія. Это суть проявле-

нія силъ лица съ цѣлью удовлетворенія потребностей; слѣд. участіе субъекта правъ здѣсь необходимо, и юридическое значеніе дѣйствій зависитъ не только отъ фактической связи между дѣятелемъ и тѣмъ, что̀ произведено имъ, но также отъ особаго положенія лица. Въ первомъ отношеніи различаются послѣдствія, непосредственно вытекающія изъ дѣйствій, отъ тѣхъ, которыя вытекаютъ изъ нихъ посредственно или даже случайно; относительно дѣятеля также различается неодинаковая степень его способности сознавать послѣдствія дѣйствій и большая или меньшая внимательность при совершеніи.

На этихъ сторонахъ дѣйствія основывается понятіе о вмѣненіи въ обширномъ смыслѣ, т. е. о томъ, чего лицо можетъ требовать и за что̀ оно отвѣчаетъ по поводу своихъ дѣйствій. Дѣйствіе невмѣняемое можетъ сдѣлаться титуломъ правъ только въ смыслѣ явленія, съ которымъ оно уравнивается.

Вмѣненію подлежатъ какъ положительныя, такъ и отрицательныя дѣйствія. Послѣднія имѣютъ тѣ же степени и соединяются съ тѣми же послѣдствіями: такъ, возможно простое бездѣйствіе (omission) и намѣренное, съ сознаніемъ послѣдствій (forbearance) и съ желаніемъ, чтобы что-либо не совершилось (*Austin*, II. 29).

XVIII. По отношенію къ лицу дѣйствующему, необходимымъ условіемъ для дѣйствія служитъ юридическая и фактическая дѣеспособность.

Фактическая способность къ дѣйствію уничтожается, когда лицо вынуждается къ чему либо или физически или психически: физическое принужденіе (vis absoluta) вполнѣ и всегда уравниваетъ дѣйствіе съ явленіемъ; психическое принужденіе (устрашеніемъ и введеніемъ въ ошибку) есть quaestio facti и принимается основаніемъ

невмѣняемости только при опредѣленныхъ условіяхъ. Юридическая дѣеспособность опредѣляется правомъ въ объективномъ смыслѣ особо для каждой категоріи лицъ и для извѣстнаго рода дѣйствій: малолѣтніе, безумные ограничены въ своей правоспособности; для отчужденія имущества необходимо право распоряжаться имъ.

Далѣе, лицо можетъ дѣйствовать или непосредственно или посредствомъ другаго субъекта, такъ что послѣдній считается юридически недѣйствующимъ и все, что̀ имъ совершено, ему не вмѣняется. Такъ напр. повѣренный пріобрѣтаетъ не себѣ, а другому лицу; то же имѣетъ мѣсто при добровольномъ принятіи на себя чужаго дѣла (negotiorum gestio) и пр.; во всѣхъ этихъ случаяхъ лицо дѣйствуетъ alieno nomine.

Въ нашихъ законахъ принужденіе и подлогъ служатъ причиною недѣйствительности сдѣлки; но нравственный гнетъ и вліяніе не подходятъ подъ понятіе о принужденіи. Кас. Рѣш. гражд. 1868 (Туляковъ *v.* Семянниковъ). — Унгеръ раздѣляетъ представительство на фактическое и юридическое. Первое бываетъ, когда лицо совершаетъ за другаго дѣйствіе, не необходимое для юридической сдѣлки, или же высказываетъ волю уже существующую. Юридическое участіе имѣетъ мѣсто въ двухъ случаяхъ: когда безъ него дѣйствіе не имѣло бы силы (согласіе опекуна, подпись свидѣтеля на завѣщаніи), или же когда лицо совершаетъ что-либо съ намѣреніемъ, что совершенное имъ будетъ считаться дѣйствіемъ другаго лица, котораго должны касаться всѣ послѣдствія сдѣлки. *Unger*, II. 130—133.

XIX. Такимъ образомъ существеннымъ признакомъ дѣйствій служитъ воля или намѣреніе лица (animus). Юридическій характеръ этого намѣренія опредѣляетъ конкретную связь субъекта, его выразившаго, съ объектомъ, на которомъ оно выражено (corpus) и слѣд. юридическія послѣдствія каждаго дѣйствія. Такъ напр. animus possidendi, animus manendi, revertendi, testandi, revocandi,

recipiendi и пр. обозначаютъ различную связь дѣйствующаго лица съ внѣшнимъ актомъ и опредѣляютъ возникающее изъ нея юридическое отношеніе: animus ad se omne jus ducit.

Но для того, чтобы намѣреніе сдѣлалось титуломъ правъ, необходимо, чтобъ оно было юридически признано, т. е. чтобъ оно удовлетворяло требованіямъ права по своей формѣ и по содержанію; иначе дѣйствіе останется только фактомъ безъ юридическихъ послѣдствій, или же будетъ имѣть не тѣ послѣдствія, какія имѣлъ въ виду дѣйствующій.

XX. Форма выраженія воли фактически безконечно разнообразна: символы, слово, письмо, молчаніе, непосредственное воздѣйствіе лица на предметъ, всѣ эти проявленія воли могутъ получить юридическое значеніе, если только въ нихъ выражается безспорное намѣреніе лица, т. е. существовала фактическая и юридическая способность къ дѣйствію. Такъ, о намѣреніи лица можно иногда заключать изъ извѣстныхъ фактовъ (facta concludentia) съ такою несомнѣнностью, что послѣдующее опроверженіе сдѣланнаго вывода не можетъ быть допущено (protestatio facto contraria); напр. если кредиторъ взялъ впередъ проценты за извѣстное время, то онъ этимъ самымъ обязался не требовать обратно капитала въ теченіи того же времени; если домовладѣлецъ получилъ наемную плату, то изъ этого можно несомнѣнно заключить объ его согласіи на наемъ дома. Точно также символы выражаютъ несомнѣнно волю лица; напр. разорван.е векселя, находившагося у кредитора, означаетъ уплату долга. Обѣщаніе, данное при свидѣтеляхъ или подтвержденное присягою, письменный документъ, наконецъ молчаніе (qui tacet consentire videtur) служатъ несомнѣнными указателями намѣренія, если только совершились безъ принужденія и обмана.

Но признавая вообще извѣстные факты за выраженія воли, право иногда требуетъ для каждаго отношенія особой формы, которую исключительно признаетъ имѣющею силу или безспорною. Такъ напр. у насъ словесныя завѣщанія не имѣютъ силы; продажа и залогъ недвижимыхъ имуществъ могутъ совершаться только по крѣпостному акту; продажа движимыхъ совершается простою передачею, но если проданныя вещи должны быть доставляемы въ разное время, то необходимо письменное условіе; при завѣщаніи, кромѣ письменнаго акта, требуются еще свидѣтели и проч. При владѣніи необходимо, чтобы лицо выказало animus domini v. sibi habendi, слѣд. чтобы распоряжалось имуществомъ.

По различію правъ различаются и самые акты. Такъ, существуютъ акты состоянія (сословія), акты рожденія, акты укрѣпленія правъ на имущества и т. п. Но актъ самъ по себѣ не всегда есть титулъ правъ. Купчая крѣпость не тождественна съ договоромъ продажи; она можетъ быть уничтожена въ теченіи семи дней нотаріальнымъ порядкомъ и послѣ этого срока судебнымъ порядкомъ вслѣдствіе неполученія денегъ (Св. Зак. X. 1424). Кас. Рѣш. гражд. 1867, Головкинъ *v.* Кёнигъ. Иногда лицу предоставляется нѣсколько формъ для выраженія намѣренія; напр. заемное письмо можетъ быть крѣпостное, явочное и домашнее, какъ простая расписка. — Владѣніе должно быть на правѣ собственности, чтобы сдѣлаться титуломъ права. *Savigny*, Besitz, 109.

XXI. Если дѣйствіе совершается нѣсколькими лицами, то ихъ намѣреніе или воля признается юридически на различныхъ основаніяхъ. Здѣсь возможна троякая форма совмѣстнаго выраженія: единогласіе, равенство и неравенство голосовъ.

Единогласіе (unanimitas) представляетъ собою юридически-безусловную достовѣрность, а потому имѣетъ мѣсто въ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ подлежитъ рѣше-

нію вопросъ о важномъ совершившемся событіи; такъ напр. въ Англіи и въ Сѣверо-американскихъ штатахъ требуется единогласіе отъ вердикта присяжныхъ. Будучи само по себѣ фактомъ, единогласіе получаетъ сверхъ того силу, когда оно высказывается въ пользу измѣненія того, что̀ охраняется правомъ: напр. въ Пруссіи корпораціи и общины могутъ дѣлать новыя предложенія, на которыя не указано въ статутахъ, только единогласно; у насъ лишь по единогласному постановленію судъ можетъ признать не имѣющимъ силы обвинительный приговоръ присяжныхъ (тоже въ Германіи, Франціи и Италіи); въ департаментахъ Сената только единогласное рѣшеніе считается окончательнымъ и проч.

Требованіе единогласія на практикѣ не всегда приложимо; при немъ возможно парализованіе полезной мѣры со стороны одного члена (liberum veto). Поэтому единогласіе требуется для такихъ перемѣнъ, которыя законъ считаетъ почти невѣроятными. На опытѣ оказывается иногда иное: въ англійскомъ парламентѣ, если бы хотя одинъ членъ потребовалъ удаленія публики изъ залы преній, это желаніе должно бы быть исполнено; а между тѣмъ пренія постоянно происходятъ публично. Мнѣнія за и противъ единогласія въ рѣшеніяхъ указаны у *Zacke*, 107.

XXII. Равенство голосовъ (vota paria, le cas de partage) собственно не выражаетъ собою никакой воли, а потому необходимо измѣнить этотъ фактъ или придать ему чисто-юридическое значеніе. Измѣненіе факта происходитъ чрезъ присоединеніе новыхъ голосовъ въ нечетномъ числѣ, которые должны уничтожить равенство; юридически же равенство получаетъ силу, когда одному изъ членовъ (н. п. предсѣдателю въ коллегіи) дается перевѣсъ или же при обвиненіи подсудимый считается оправданнымъ.

Въ прежнее время принималось такъ называемое calculus Minervae, по которому, обвиненный считался оправданнымъ, если

противъ него было большинство одного голоса: предсѣдатель предполагался на сторонѣ меньшинства. — У насъ въ судебныхъ рѣшеніяхъ, при равенствѣ голосовъ отдается предпочтеніе мнѣнію, принятому предсѣдателемъ суда, а если мнѣнія раздѣлились такъ, что голосъ предсѣдателя не можетъ дать перевѣса, то тому изъ равносильныхъ мнѣній, которое снисходительнѣе къ участи подсудимаго. Уст. угол. суд. 769. То же преимущество предсѣдателя существуетъ во всѣхъ коллегіяльныхъ учрежденіяхъ. — Юристы предлагали различные способы рѣшенія вопроса, когда не состоится большинство голосовъ, напр. принимать пропорціонально-среднее наказаніе или среднюю сумму уплаты. — Въ Англіи спикеръ палаты общинъ не подаетъ голоса, кромѣ случая обвиненія министровъ. Во Франціи при равенствѣ голосовъ, увеличивается число членовъ или же если окажется нѣсколько мнѣній, то члены, высказавшіе самое слабое по числу голосовъ мнѣніе, обязаны присоединиться къ какому-либо изъ другихъ мнѣній. Code de proc. civ. 467—8. То же и у насъ въ гражданскихъ судахъ. Уст. Гр. Суд. 699.

XXIII. Неравенство голосовъ (vota diparia) даетъ перевѣсъ **большинству** (lex majoris partis), которое можетъ быть абсолютное и относительное. Абсолютное большинство (la pluralité des voix) есть количественное превосходство одной стороны надъ другою или ариѳметическое или пропорціональное (послѣднее называютъ иногда относительнымъ); такъ напр. простое большинство имѣютъ 7 передъ 6-ю; для усиленнаго же требуется перевѣсъ $^2/_3$, $^3/_4$ и пр. Относительное большинство имѣетъ мѣсто въ томъ случаѣ, когда извѣстное мнѣніе получаетъ преобладаніе только сравнительно съ другими, но не со всѣмъ числомъ голосовъ; напр. изъ 11-ти 5 голосовъ одного мнѣнія, 4 другаго и 2 третьяго.

Абсолютное простое большинство представляетъ собою наименьшую степень вѣроятія, а потому допускается только при другихъ условіяхъ обезпечивающихъ его правильность; таковы напр. право меньшинства пріостано-

вить рѣшеніе и апеллировать къ высшей власти, троекратное рѣшеніе одного и того же вопроса (въ Англійскомъ парламентѣ) или двукратное (въ Прусскомъ), или наконецъ рѣшеніе его въ двухъ разныхъ учрежденіяхъ (система двухъ палатъ), апелляція и пр.

Усиленное большинство представляетъ гораздо болѣе вѣроятія того, что желаніе есть общее, а потому получаетъ силу. Въ положительныхъ законахъ только усиленному большинству дается перевѣсъ въ важныхъ случаяхъ, противъ которыхъ существуетъ юридическая презумція: въ Сѣверо-американскихъ штатахъ большинство $^2/_3$ голосовъ можетъ отмѣнить veto президента, въ Пруссіи для установленія мѣстныхъ налоговъ нужно такое же большинство, въ Баваріи и во Франціи присяжные рѣшаютъ большинствомъ 8 противъ 4-хъ, у насъ въ общемъ Собраніи Сената рѣшеніе считается окончательнымъ, если въ пользу его состоялось большинство двухъ третей голосовъ и пр.

Относительное большинство имѣетъ мѣсто въ судахъ и при выборахъ, когда избираемые получаютъ не абсолютное большинство голосовъ, а болѣе или менѣе лишь сравнительно съ своими конкурентами; въ этомъ случаѣ чрезъ посредство новыхъ выборовъ меньшаго числа лицъ достигается абсолютное большинство. Въ нашихъ уголовныхъ судахъ признается относительное большинство на слѣдующемъ основаніи: при раздѣленіи голосовъ на два или *болѣе* мнѣнія, за основаніе рѣшенія принимается то изъ нихъ, которое соединяетъ въ себѣ наиболѣе голосовъ (Уст. Уг. Суд. 769; Военно-Суд. Уст. 957); въ гражданскихъ же судахъ требуется непремѣнно абсолютное большинство.

Примѣромъ могутъ служить выборы въ палату представителей въ Пруссіи. Каждый избиратель называетъ лицо, въ пользу ко-

тораго онъ подаетъ голосъ. Если никто не получитъ абсолютнаго большинства, то назначаются новые выборы, при которыхъ исключаются лица, получившіе наименьшее число голосовъ; если избираемыхъ двое и оба получаютъ одинаковое число голосовъ, то вопросъ рѣшается жребіемъ. Поэтому въ сущности относительное большинство здѣсь только посредственно служитъ титуломъ права.

XXIV. Формальная сторона дѣйствій или способъ выраженія воли имѣетъ весьма важное значеніе въ правѣ: намѣреніе, высказанное не въ юридической формѣ, не имѣетъ значенія титула правъ; даже приговоры суда кассируются по несоблюденію формъ.

Но одною формальною стороною не ограничиваются требованія, необходимыя для юридическаго характера дѣйствій. Матеріяльная сторона ихъ или содержаніе должно также соотвѣтствовать творчеству жизни: все, что̀ юридически запрещено не можетъ сдѣлаться титуломъ правъ; отдѣльнымъ лицамъ предоставляется дѣйствовать только въ предѣлахъ права, юридическою можетъ считаться только такая связь субъекта съ объектомъ, которая создаетъ что-либо.

По юридическому содержанію или по отношенію къ праву, фактическая дѣятельность лицъ можетъ быть подведена подъ три главные вида. Первую категорію составляютъ сдѣлки между лицами, ко второй относится владѣніе въ обширномъ смыслѣ, къ третьей выраженіе силы.

XXV. Юридическія сдѣлки (negotia juris, Rechtsgeschäfte) суть добровольныя соглашенія между лицами съ цѣлью установить юридическую связь между субъектомъ права и его объектомъ.

По различію условій и цѣлей, которыхъ сдѣлки достигаютъ, онѣ суть или мировыя (компромиссы), или же договоры. Первыя придаютъ юридическій характеръ уже

возникшимъ спорнымъ отношеніямъ; договоры же создаютъ вновь юридическое отношеніе.

Сдѣлки о примиреніи установляютъ, въ какой юридической связи намѣрены оставаться лица и государства, находившіеся въ спорѣ; поэтому въ нихъ всегда участвуютъ по крайней мѣрѣ двѣ стороны, между которыми возникалъ споръ. Прочія сдѣлки касаются созданія новыхъ отношеній или перемѣны прежнихъ; онѣ могутъ быть какъ двустороннія (bilateralia), такъ и односторонніе (unilateralia): къ послѣднимъ относятся напр. дареніе и завѣщанія.

Юридическія сдѣлки суть свободныя, закономъ дозволенныя дѣйствія, которыя предпринимаются съ прямою цѣлью произвести извѣстную перемѣну въ юридическомъ отношеніи. *Beseler*, Syst. 154. — Сдѣлки раздѣляютъ на безвозмездныя (lucrativa) и возмездныя (onerosa), на сдѣлки между живыми лицами (inter vivos) и на случай смерти (mortis causa); однѣ сдѣлки суть главныя, т. е. имѣющія цѣль въ самихъ себѣ, другія же суть только придаточныя, имѣютъ цѣлью обезпечить существующую сдѣлку (залогъ, поручительство). Данквардтъ подводитъ всѣ сдѣлки подъ экономическія категоріи и пр. Всѣ эти подробности относятся къ ученію о договорахъ.

XXVI. Каждая сдѣлка только тогда можетъ получить юридическое значеніе, когда содержаніе ея или условія, въ ней заключающіяся, не противурѣчатъ праву въ объективномъ смыслѣ. Въ этомъ содержаніи можно различать троякую сторону: существенныя условія (essentialia negotii), нормальныя (naturalia) и случайныя (accidentalia). Существенно въ сдѣлкѣ то, безъ чего она не мыслима и не имѣетъ силы, такъ что даже по согласію обѣихъ сторонъ нельзя измѣнить или обойти необходимыхъ принадлежностей сдѣлки; напр. при покупкѣ необходимо обозначеніе цѣны, при завѣщаніи указаніе на наслѣдника и т. п. Нормальное содержаніе сдѣлки есть

то, которое юридически предполагается существующимъ, если только это предположеніе не измѣнено договаривающимися сторонами. Наконецъ случайныя условія сдѣлки не предполагаются сами собою, но могутъ быть установлены сторонами: это есть clausula, adminicula сдѣлки.

Нѣкоторые писатели принимаютъ только два вида условій: существенныя и случайныя. Ср. *Arntz*, Pand. 76. — Аренсъ называетъ содержаніемъ сдѣлокъ опредѣленіе жизненнаго отношенія въ его субъектѣ и объектѣ. Условія сдѣлки составляютъ только ея объектъ. *Ahrens*, Enc. 622.

XVII. Существенныя условія (ex jure venientes, quae vi ipsa negotio insunt) относятся или ко всѣмъ сдѣлкамъ вообще, или же къ нѣкоторымъ изъ нихъ въ особенности.

Вообще не можетъ быть предметомъ сдѣлокъ все, что̀ запрещено правомъ въ объективномъ смыслѣ. Положительное право устанавляетъ такія запрещенія, признавая извѣстныя соглашенія недѣйствительными или противными предписаніямъ закона и нравственности; воля отдѣльныхъ лицъ не можетъ измѣнить такихъ запрещеній: jus publicum privatorum pactis mutari non potest; privatorum conventio juri publico non derogat. Такъ напр. всѣ условія объ ограниченіи личной свободы суть conditiones turpes; условія о томъ, чтобы не жениться, чтобъ перемѣнить или не перемѣнять религіи (religionis non mutandae), условія о личномъ наймѣ на срокъ у насъ свыше 5-ти лѣтъ (въ Пруссіи 12) и пр. относятся къ незаконнымъ.

Для государствъ основаніемъ ихъ сдѣлокъ служатъ какъ положительное право, такъ и общія начала справедливости и нравственности; поэтому не могутъ быть признаны дѣйствительными сдѣлки государей для подавленія свободы подданныхъ, съ цѣлью покровительства рабству и проч.

Для каждой сдѣлки въ особенности установляются также существенныя условія, которыми одна сдѣлка отличается отъ другой и слѣд. служитъ титуломъ только извѣстнаго права; такъ при займѣ вещь должна быть потребляемая, отдача на сохраненіе необходимо безвозмездна,—въ противномъ случаѣ она получитъ характеръ займа.

Не допускаются по закону сдѣлки между частными лицами по прусскому праву: объ ограниченіи промысловъ и обмѣна; объ уплатѣ налоговъ; о безбрачіи для мужчинъ до 39-ти-лѣтняго возраста, для женщинъ до 25-ти-лѣтняго; объ ограниченіи личной свободы; о вещахъ внѣоборотныхъ. *Heydemann*, I. 159. У насъ, кромѣ общихъ запрещеній, сдѣлки признаются ничтожными, если цѣль ихъ противузаконна, а именно, когда договоръ клонится къ расторженію законнаго супружества, къ подложному переукрѣпленію имущества въ избѣжаніе платежа долговъ, къ лихоимственнымъ изворотамъ, къ присвоенію частному лицу такого права, котораго оно имѣть не можетъ по своему состоянію, къ закрѣпленію крестьянъ, наконецъ ко вреду государственной казны. Св. Зак. X. 1529. — По мнѣнію Нейнера, дареніе или продажа будущаго имущества противурѣчитъ свободѣ: отнимать у себя свободное распоряженіе въ будущемъ contra bonos mores. *Neuner*, 20. Савиньи видитъ въ подобныхъ сдѣлкахъ скрытый договоръ о наслѣдствѣ, а потому считаетъ ихъ ничтожными по римскому праву, но имѣющими силу по новому. *Savigny*, Syst. IV. 142.

XXVIII. Нормальныя условія сдѣлокъ суть тѣ, существованіе которыхъ предполагается юридически, но можетъ быть опровергнуто ясными доказательствами. Такъ напр. если не обозначено въ договорѣ о наймѣ, кто долженъ исправлять домъ, то эта обязанность возлагается на домохозяина. Нормальныя условія имѣютъ особенное значеніе при истолкованіи сдѣлокъ, въ основаніе котораго принимаются произвольныя или случайныя условія. Эти послѣднія представляютъ собою широкій просторъ въ созданіи юридической связи между

лицами и въ выраженіи творческой силы обмѣна; они не могутъ нарушать существенныхъ условій сдѣлки, но видоизмѣняютъ ея нормальныя условія въ предѣлахъ права.

У насъ постановлено, что договоры должны быть исполняемы по точному оныхъ разуму и изъясняемы по словесному ихъ смыслу. Св. Зак. X. 1536, 1538.

XXIX. Каково бы ни было содержаніе сдѣлокъ, онѣ имѣютъ характеръ юридическихъ фактовъ, служащихъ титуломъ правъ. Этотъ характеръ получаютъ сдѣлки или сами по себѣ, непосредственно, или же только чрезъ привхожденіе новаго событія. Такія сдѣлки носятъ названіе условныхъ; ихъ дѣйствительность и сила зависитъ отъ двоякаго рода условій: conditio et modus.

Условіе въ тѣсномъ смыслѣ (Bedigung, condition) есть такое будущее вѣроятное событіе, отъ совершенія котораго зависитъ юридическая сила сдѣлки: поэтому пока событіе не совершилось (pendet conditio), сдѣлка существуетъ только въ возможности; если окажется что событіе никогда не совершится (deficit conditio), то сдѣлка теряетъ всякую силу.

Назначеніе (causa, Auflage) есть такое условіе, въ силу котораго лицо, къ которому переходитъ объектъ, обязуется употребить его извѣстнымъ образомъ: сдѣлка непосредственно становится титуломъ права, но изъ нея вытекаетъ новое обязательство, отъ исполненія котораго зависитъ окончательная сила сдѣлки.

Условныя сдѣлки имѣютъ характеръ сложныхъ юридическихъ фактовъ; онѣ служатъ основаніемъ правъ sub conditione или sub modo, а потому ограничиваютъ значеніе сдѣлокъ. Не всякая сдѣлка допускаетъ такія ограниченія. Такъ напр. нельзя дѣлать назначенія при переходѣ родоваго имущества, нельзя ставить условіемъ то, что̀ невозможно физически и нравственно (завѣ-

щать имущество лицу съ условіемъ, чтобъ оно вступило въ бракъ); но возможны условія о времени, объ исполненіи чего-либо дозволеннаго и т. п.

Ученіе о conditio et modus развито особенно цивилистами. — Условіе въ тѣсномъ смыслѣ есть зависимость необходимой для сдѣлки воли лица отъ дѣйствительности субъективно-неизвѣстнаго обстоятельства. *Unger*, II. 56. Другіе опредѣляютъ условіе, какъ зависимость воли вообще отъ дѣйствительности внѣшняго событія, слѣд. прошедшее можетъ быть также предметомъ условія. — Унгеръ отличаетъ отсрочку (Befristung) отъ условій; разница между ними состоитъ въ томъ, что въ первой существованіе воли несомнѣнно и слѣд. сдѣлка получаетъ силу, но только продолжительность этой силы ограничена. *Unger*, II. 88.

XXX. Владѣніе (possessio, Besitz, seisin) есть фактическое воздѣйствіе на объектъ права безъ всякаго юридическаго титула, но въ предположеніи дѣйствующаго лица, что этотъ титулъ существуетъ.

Такое предположеніе становится само по себѣ основаніемъ права, если оно не отвергнуто юридически и слѣд. не нарушаетъ ничьихъ правъ. Видимымъ признакомъ или выраженіемъ владѣнія служитъ фактическое воздѣйствіе (corpus), которое можетъ выражаться въ положительной и отрицательной формѣ и касаться какъ тѣлесныхъ вещей (Gewahrsam), такъ и безтѣлесныхъ (Innehabung): лицо можетъ дѣлать вещь постояннымъ средствомъ удовлетворенія своихъ потребностей, или также постоянно требуетъ отъ другихъ и получаетъ извѣстныя дѣйствія, или наконецъ не встрѣчаетъ сопротивленія своимъ дѣйствіямъ. Постоянство факта и непрерывная связь лица съ объектомъ правъ служитъ необходимымъ условіемъ владѣнія; безъ факта (Apprehension) владѣніе не предполагается само собою, выраженіе же его зависитъ отъ свойства объекта; напр. относительно территоріи владѣніе выражается въ колонизаціи, от-

носительно земли и дома въ извлеченіи изъ нихъ доходовъ, въ уплатѣ повинностей, относительно капитала въ распоряженіи имъ и т. п.

La possession est un pouvoir phisique total ou partiel sur une chose, ou bien la détention d'une chose dans l'intention d'exercer sur elle soit le droit de propriété, soit l'un de ses démembrements. *Van Wetter*, 6. — Римляне признавали владѣніе только относительно тѣлесныхъ вещей; каноническое право распространило это понятіе на всѣ безтѣлесныя вещи. *Snvigny*, Bes. 504. Новыя законодательства держатся послѣдняго взгляда: «на всѣ тѣлесныя и безтѣлесныя вещи, которыя служатъ предметомъ юридическаго оборота, можетъ распространяться владѣніе (австр. гр. код. 311)»; на всѣ тѣлесныя и безтѣлесныя, движимыя и недвижимыя вещи, на права сословныя, собственность, повинности и на личныя требованія (прусск. код.). *Heydemann*. I. 329—336. — Англійскій афоризмъ: possession is nine-tenths of the law.

XXXI. При возможности фактическаго воздѣйствія на всѣ объекты права, юридическое существо владѣнія заключается въ субъектѣ т. е. въ томъ, что лицо считаетъ объектъ своимъ и дѣйствуетъ съ сознаніемъ о правѣ, opinione juris: ignoranti possessio non acquiritur, это сознаніе или намѣреніе (animus) отличаетъ владѣніе отъ простаго удержанія вещей (detentio) и составляетъ необходимое условіе юридической силы владѣнія; другія условія не существенны: quoniam in summa possessionis non multum interest, juste quis an injuste possideat. Сознаніе о правѣ не предполагается у тѣхъ лицъ, которые неспособны къ выраженію своей воли; оно немыслимо юридически, если лицо дѣйствуетъ недобросовѣстно (mala fide) въ самомъ началѣ или послѣ того, какъ доказана несправедливость владѣнія (mala fides superveniens). Во всѣхъ прочихъ случаяхъ предполагается, что владѣющій былъ увѣренъ въ своемъ правѣ и нужно доказать противное; если же доказательство юридически невоз-

можно (н. п. по давности), то фактъ становится безспорнымъ титуломъ права: «спокойное, безспорное и непрерывное владѣніе въ видѣ собственности превращается въ право собственности, когда оно продолжится въ теченіи установленной закономъ давности (Св. Зак. X. 533).»

Рѣшенія Кас. Деп. Сената утвердили въ гражданскомъ правѣ тотъ принципъ, что, на какомъ бы основаніи ни происходило владѣніе, оно послѣ 10-ти лѣтъ ipso jure становится правомъ. (1868 № 449, 1867 № 43, 1866 № 419 и пр.). Раздѣленіе незаконнаго (фактическаго) владѣнія на подложное, насильственное, самовольное, добросовѣстное и недобросовѣстное (Св. Зак. X, 523—530) имѣетъ силу только до истеченія срока давности. Правоспособный субъектъ и юридически признанный объектъ имущественнаго права составляютъ условія признанія владѣнія въ смыслѣ титула правъ. Гр. Кас. Рѣш. 1867, № 62 и 404. Ср. о добросовѣстномъ и недобросовѣстномъ владѣніи *Побѣдоносцева*, Курсъ I. 109.

XXXII. Наконецъ выраженіе силы въ смыслѣ могущества (pouvoir) становится основаніемъ правъ и обязанностей, по скольку представляетъ собою имущественный активъ лицъ единичныхъ и коллективныхъ. Существованіе и признаніе этого титула не подлежитъ сомнѣнію, точно такъ же, какъ несомнѣнно и то, что сила не есть только явленіе, но относится къ категоріи дѣйствій: она пріобрѣтается, растетъ и крѣпнетъ постоянною дѣятельностью, трудомъ и работою. Государства и отдѣльныя лица стараются упрочить свою силу и могущество фактическое, и выставляютъ его, какъ основаніе правъ и требованій. Такъ, государство въ своемъ политическомъ могуществѣ видитъ титулъ своего бытія и дѣятельности; народная сила требуетъ юридическаго признанія, предъявляетъ свои права. Побѣда сильнаго не только на войнѣ, но и въ мирѣ знаменуется расши-

реніемъ его правъ, служитъ основою его юридическаго положенія. Не только совершившійся фактъ въ международныхъ и государственныхъ отношеніяхъ превращается въ право, но и фактъ готовый совершиться имѣетъ всѣ условія юридическаго титула: реформы общественной и частной жизни вызываются заявленіемъ новыхъ силъ, сознаніемъ лицъ объ ихъ идеальномъ имуществѣ. Спокойное движеніе жизни совершается всегда подъ условіемъ, что право идетъ на встрѣчу существующему фактически титулу и придаетъ ему юридическій характеръ (избирательный законъ въ Англіи 1867-го года и проч.).

Юридическіе признаки силы, какъ титула правъ, не могутъ быть опредѣлены въ точности: здѣсь право и фактъ становятся тождественными; отношенія возникаютъ ipso jure et ipso facto непосредственно; сила требуетъ признанія какъ выразившаяся или готовая выразиться, находя для себя основу и оправданіе въ началахъ справедливости, мира и творчества.

XXXIII. Признавая силу, право отрицаетъ насиліе въ формѣ самовольства, обмана и принужденія. Всѣ дѣйствія, совершенныя вопреки праву, не остаются однако на степени факта, а служатъ основаніемъ правъ для однихъ лицъ и обязанностей для другихъ, независимо отъ наказанія. Вслѣдствіе неправомѣрныхъ дѣйствій между лицами возникаетъ юридическая связь, образуется титулъ, котораго значеніе и сила опредѣляется изъ сравненія съ юридическими нормами. Этотъ титулъ охраняется наравнѣ съ юридическимъ, пока не будетъ выясненъ его характеръ. Такъ владѣніе подложное, насильственное и самовольное охраняются ratione utilitatis.

Съ другой стороны изъ неправомѣрныхъ дѣйствій вытекаютъ права на вознагражденіе (obligationes ex delicto);

они могутъ получить также юридическій характеръ, если лицо, которое могло бы воспользоваться своимъ правомъ, отказывается отъ этого, напр. подтверждаетъ не имѣющую силы сдѣлки (ratihabitio) или не опорочиваетъ ея.

Незаконное владѣніе есть такое, которое не основано ни на одномъ изъ законныхъ способовъ пріобрѣтенія, предполагающихъ нормальное изъявленіе воли, а происходитъ отъ обмана, насилія и своеволія. *Побѣдоносцевъ*, I, 117. — О неправомѣрныхъ дѣйствіяхъ см. ниже главу XVI.

XXXIV. Таковы общіе титулы правъ: непосредственный и посредствующій. Оба титула должны существовать совмѣстно для того, чтобы права и обязанности получили свое конкретное бытіе (vested rights, jus acquisitum); при отсутствіи фактическаго титула права существуютъ только въ возможности (jus delatum). Лицо можетъ требовать чего либо не потому только, что законъ уполномочиваетъ на такое требованіе, но потому, что совершился извѣстный опредѣленный фактъ, измѣнившій положеніе субъекта или объекта.

Отъ совершенія этого факта начинается бытіе права и охраняются лицу соединенное съ нимъ удовлетвореніе потребностей. Не купчая крѣпость сама по себѣ, а вводъ во владѣніе служитъ несомнѣннымъ признакомъ того, что дѣйствительно началось новое право. Выраженіе власти въ удовлетвореніи потребностей (in actu) доказываетъ, что лицо не только имѣетъ право (jouissance), но и дѣйствительно пользуется имъ (exercice).

Наконецъ подъ условіемъ также двухъ совмѣстно-дѣйствующихъ титуловъ права ограничиваются, уменьшаются и прекращаются.

XXXV. Всѣ эти перемѣны въ правахъ и обязанностяхъ происходятъ или фактически или юридически.

352/152

ПРОГРАММА.

ОБЩАЯ ДОГМАТИКА.

1. Потребности и силы. Естественныя силы, природа, инстинкты, сознаніе, вѣра. Сочетаніе и борьба силъ.
2. Формальное отношеніе между силами: исключительность, зависимость, отдѣльность. Содержаніе. Случайное и необходимое отношеніе силъ. Направляющія силы.
3. Направляющія силы труда, любви и справедливости. Выраженіе послѣдней. Совокупность всѣхъ трехъ силъ (нравственность).
4. Личная нравственность. Ея всеобъемлющій характеръ. Свобода и отвѣтственность. Содержаніе нравственности.
5. Право, какъ охраняющая сила. Предметъ охраненія. Цѣль. Принципъ. Опредѣленіе права.
6. Область права: опредѣленныя и внѣшнія дѣйствія. Принудительность. Право въ субъективномъ и объективномъ смыслѣ.
7. Юридическій порядокъ: формальность и принудительность. Формы принужденія: запрещеніе и приказаніе; средства принужденія.
8. Отношеніе между правомъ и нравственностью: связь, отличіе, столкновеніе и примиреніе.
9. Фактическій элементъ права. Юридическіе факты, совершившіеся. Сліяніе различныхъ элементовъ права.
10. Естественное право. Строгое право. Правда и милость. Привилегіи.
11. Положительное право. Сознаніе о немъ: внѣшніе признаки, понятія, институты. Юридическіе символы. Слово: юридическій языкъ.
12. Органы сознанія и приложенія права, Общественная власть. Разнообразіе и сходство въ положительныхъ правахъ.
13. Обычай вообще и юридическіе въ особенности. Обычное право. Его условія: приложеніе и сознаніе.
14. Сила обычнаго права. Его значеніе. Удостовѣреніе въ существованіи. Средства удостовѣренія.
15. Законъ. Понятіе. Органы выраженія. Ступени составленія закона. Формулированіе.

16. Обнародованіе закона. Санкція. Общеизвѣстность. Обязательность.
17. Дѣйствіе закона: будущіе факты. Обратное дѣйствіе закона. Отмѣна закона и прекращеніе его силы. Необходимость отмѣны.
18. Виды законовъ: основные, общіе (ихъ содержаніе и характеръ), распоряженія.
19. Законы особенные и привилегіи. Чрезвычайные законы, спеціальные, мѣстные.
20. Право юристовъ. Его творчество. Формы выраженія: фикціи, презумціи, афоризмы.
21. Истолкованіе права: законодателемъ и юристами. Предметъ, средства и правила послѣдняго. Въ особенности объ аналогіи.
22. Ученая и офиціальная дѣятельность юристовъ. Судебныя рѣшенія. Сила и недостаточность права юристовъ.
23. Писанное и неписанное право. Отношеніе между формами положительнаго права. Сборники законовъ и Уложеніе.
24. Юридическія отношенія. Ихъ характеръ и стороны. Общеніе, какъ основа отношеній.
25. Группы или классы общества. Общество въ тѣсномъ смыслѣ; политическая и юридическая сторона его.
26. Категоріи обществъ: хозяйственныя, нравственныя, нравственно-политическія, государство, международный союзъ.
28. Юридическія отношенія чистыя и смѣшанныя. Казусы, факты, простыя отношенія и институты.
28. Права и обязанности. Право и требованіе. Характеръ и предметъ требованій: личный и имущественный.
29. Обязанность. Понятіе, связь и соотвѣтствіе съ правомъ: привилегіи.
30. Абсолютныя и относительныя права имущественныя и личныя.
31. Права частныя, государственныя, международныя. Прямыя и косвенныя права.
32. Субъектъ правъ; лицо извѣстное и неизвѣстное. Вещи и животныя. Правоспособность.
33. Физическое лицо: начало бытія, рожденіе, смерть.
34. Дѣеспособность физическихъ лицъ. Условія возраста, пола, здоровья; сословіе, религія, подданство.
35. Юридическія лица. Условія бытія: субстратъ и признаніе. Категоріи. Прекращеніе
36. Правоспособность и дѣеспособность юридическихъ лицъ. Ихъ виды: государство, верховная власть и подчиненныя власти.
37. Корпораціи, хозяйственныя общества, товарищества, акціонерныя компаніи, учрежденія, какъ виды юридическихъ лицъ.

38 Объектъ правъ. Идеальное и реальное имущество. Категоріи. Вещи тѣлесныя и безтѣлесныя.
39. Вещи внѣоборотныя, церковныя, общія, условно-внѣоборотныя.
40. Вещи индивидуальныя и родовыя, тлѣнныя и нетлѣнныя, простыя и сложныя. Принадлежности и плоды.
41. Фактическая и юридическая совокупность вещей. Вещи дѣлимыя и недѣлимыя, недвижимыя, движимыя, будущія.
42. Дѣйствія, какъ объектъ правъ: ихъ цѣнность; положительныя и отрицательныя, замѣнимыя и незамѣнимыя.
43. Личность, какъ объектъ правъ. Ея выраженіе: неприкосновенность, свобода, обезпеченіе. Активъ и пассивъ.
44. Титулъ правъ Непосредственный и посредствующій. Категоріи фактовъ.
45. Условія времени. Единицы его и счисленіе. Незапамятное время. Условія мѣста.
46. Явленія вообще. Въ особенности родство юридическое и естественное. Смерть.
47. Послѣдовательность рожденія и смерти. Безвѣстное отсутствіе. Пребываніе и отсутствіе. Случаи. Явленія природы. Условія жизни.
48. Дѣйствія вмѣняемыя лицу. Способность къ дѣйствію. Намѣреніе; формы его выраженія.
49. Единогласіе. Равенство голосовъ. Большинство. Виды большинства.
50. Юридическія сдѣлки. Ихъ содержаніе: существенное, нормальное и произвольное. Условныя сдѣлки: conditio, causa.
51. Владѣніе. Его предметъ. Условія. Сила и насиліе. Необходимость двухъ титуловъ права.
Гл. XV. Юридическое движеніе правъ.
Гл. XVI. Нарушеніе правъ.
Гл. XVII. Охраненіе и возстановленіе правъ.
Приложенія.

ИСТОРІЯ ПРАВА.

52. Понятіе о внѣшней и внутренней исторіи права. Естественное состояніе и цивилизація. Ступени развитія права.
53. Право у народовъ первобытныхъ: Негры, американскіе туземцы.
54. Востокъ: религія и право у Индійцевъ, въ Китаѣ, въ Египтѣ и у Зендовъ.
55. Очеркъ мусульманскаго права.
56. Еврейское право. Источники. Обозрѣніе институтовъ.
57. Греческое право. Источники. Институтъ государства и семейства.

58. Римское право. Источники: въ особенности законодательство при Юстиніанѣ.
59. Юридическое положеніе лицъ въ Римѣ. Государственныя власти (царь, сенатъ, сановники).
60. Отеческая власть въ Римѣ; власть мужа. Наслѣдство, завѣщанія, собственность и договоры.
61. Священная римская имперія и ея право. Римское право; капитуляріи; постановленія сеймовъ.
62. Папство и каноническое право. Сборники послѣдняго.
63. Феодализмъ и ленное право. Сборники феодальнаго права Муниципальное право.
64. Народныя правды, формулы и другіе источники права въ древней Германіи.
65. Саксонское и швабское зерцала. Римское право и земскія права въ Германіи.
66. Источники староанглійскаго права. Великая хартія. Органы староанглійскаго права.
67. Статутное право въ Англіи. Римское, церковное и канцлерское право.
68. Народныя правды во Франціи. Кутюмы; ихъ сборники. Парламентъ.
69. Королевскія постановленія во Франціи. Кодификація. Наполеоновъ кодексъ.
70 Семейство у новыхъ народовъ. Бракъ: каноническій и протестантскій взглядъ; народное воззрѣніе.
71. Семейныя власти у новыхъ народовъ. Родство. Представительство рода.
72. Наслѣдство у новыхъ народовъ; порядокъ наслѣдованія. Завѣщанія.
73, Поземельная собственность: родовая, феодальная, полная.
74. Повинности поземельныя. Договоры, нотаріусы и гипотека.
75. Судебная власть въ новыхъ государствахъ. Патримоніяльный судъ. Обвинительный и слѣдственный процессъ.
76. Судьи, прокуроры, адвокаты у новыхъ народовъ.
77. Слѣдствіе, доказательства и судебные приговоры. Исторія ихъ у новыхъ народовъ.
78. Исторія управленія. Церковь. Самоуправленіе и бюрократія.

2007081563